



VERANO 2019-2020

# DERECHOS EN ACCIÓN



**REDEA**

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN





VERANO 2019-2020

# DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN



# **STAFF EDITORIAL**

## **DIRECTOR**

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

## **EDITOR GENERAL**

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

## **EDITORES ASOCIADOS**

Prof. José Ignacio López • UNLP

Prof. María del Carmen Alemán • UNLP

Prof. Rosario Echevesti • UNLP

Prof. Fernando Maitini • UNLP

## **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 Católica del Norte - Chile

**Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono**

Universidad de Chile - Chile

**Omar Heffes**

Universidad de Buenos Aires - Argentina

**Víctor Eduardo Hortel**

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Juan Bautista Justo**

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

**Mariano Lovelli**

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Carolina Machado Cyrillo Da Silva**

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

**Andry Matilla Correa**

Universidad de La Habana - Cuba

**Ricardo Marcondes Martins**  
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

**Juliana Paula Magalhães**  
Universidad de San Pablo - Brasil

**Alejandro Medici**  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Enrique Javier Morales**  
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

**Juan Orsini**  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Marcelo Pepe**  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

**Alicia Pierini**  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

**Ana Laura Piñeiro Jardim**  
Universidad de la República - Uruguay

**Julián Portela**  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Carlos Raimundi**  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Miguel Revenga Sánchez**  
Universidad de Cádiz - España

**Gisele Ricobom**  
Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - Brasil

**Esteban Rodríguez Alzueta**  
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

**Romina Ronda**  
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

**Johanna M. Romero**  
Universidad de Cuenca - Ecuador

**Alejandro Rosillo Martínez**  
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

**Marcelo Sain**  
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina



**David Sánchez Rubio**  
Universidad de Sevilla - España

**Oscar Sarlo**  
Universidad de la República - Uruguay

**Rodolfo Sosa**  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

**Juan Stinco**  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

**Natasha Suñe**  
Universidad Central del Ecuador - Ecuador

**Antonio Carlos Wolkmer**  
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

## **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

HUGO ECHARRI

Comenzó a pintar a la acuarela siendo un niño, aunque el ejercicio de la pintura como actividad periódica y constante empezó en 1988. Entre 1989 y 1993 asistió a los talleres de los grandes maestros de la plástica de la zona Oeste, donde vive. Estudió dibujo, pintura y monocopia con Bernardo Di Vruno, Helios Gagliardi, Eduardo Saraceno, Rene Pietrantonio y Rodolfo Bianglino. Posteriormente tomó clases de escultura y vitrofusión con Estela Cota. No obstante la asistencia a esos talleres, se considera un artista autodidacta, que abreva en los viejos y nuevos maestros del dibujo y la pintura que admira: Leonardo, Caravaggio, Turner, Van Gogh, Francis Bacón, entre los extranjeros, y Castanigno, Policastro, Raúl y Carlos Alonso, Guillermo Roux y Miguel Davil. Sobre la colección “Vigilar y castigar”: “ El carnaval de violencia institucional y para institucional que se despliega, obscena e impunemente, delante de nuestra mirada y en cada día de nuestra vida cotidiana, me ha llevado a posar mi mirada plástica en este, reiterado, desatino humano”.

## TEXTOS Y POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

GUIDO LEONARDO CROXATTO

Abogado. Doctorando en Derecho Penal (UBA), Magíster en Acción Política (UFV, España), Magíster en Derecho Constitucional (UC, Chile).

*“Aún no pude convertir estos poemas en un libro (cuyo título, Laura, ya decidió Estela), pero me honra que aparezcan en una revista Derechos en Acción. Porque eso es básicamente la poesía: derecho en acción. Palabra práctica y verdadera. La poesía no miente. Por eso decía Urondo que es la Palabra justa”.*

(N. E.: Remitimos a último texto de este número para continuar leyendo las palabras del autor.)

## PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

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

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

# ÍNDICE

<b>EDITORIAL</b> . . . . .	17
El tiempo de la peste . . . . .	19
<i>Raúl Gustavo Ferreyra (UBA - Argentina)</i>	
<b>ENSAYOS</b> . . . . .	23
Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (Tercera parte). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución . . . . .	27
<i>Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz, España)</i>	
La sexta ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental –ECDSA– en Iberoamérica: reconstitucionalización y pluralismo tridimensional . . . . .	79
<i>Bernd Marquardt (Universidad Nacional de Colombia - Colombia)</i>	
La escuela sociocultural de la paz pedagógica: Una apuesta hacia la construcción de paz sostenible .	199
<i>Mariela Inés Sánchez Cardona (Universidad Jaume I - España)</i>	
Emergencia hídrica, ambiental y climática. Elementos para su configuración y relación en el Estado de Derecho . . . . .	227
<i>Martín A. Liber (Universidad Nacional de Cuyo - Argentina)</i>	
Derecho, Marxismo y Método . . . . .	257
<i>Paul O’Connell (Universidad de Londres - Inglaterra)</i>	

El conciliador como tercero en la relación contractual: La innovación social en la práctica restaurativa de solución de conflictos . . . . .	277
<i>Idarmis Knight Soto y Marla Iris Delgado Knight (Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez - Cuba)</i>	
La acción de secuestro prendario en el marco de relaciones de consumo . . . . .	293
<i>Ezequiel Rodrigo Galván y Gustavo Daniel Lueiro Campos (UNLP - Argentina)</i>	
Expertos e ignorantes: malas razones para el elitismo penal . . . . .	307
<i>Emiliano Vitaliani (UBA - Argentina)</i>	
Ética y Política en sinfonía levinasiana y derridiana . . . . .	333
<i>David E. Kronzonas (UBA - Argentina)</i>	
Consenso Fiscal. Una mirada desde la teoría de los juegos . . . . .	407
<i>Luciano Verneti (UBA - Argentina)</i>	
<b>COMENTARIO A LEGISLACIÓN . . . . .</b>	<b>461</b>
La política ferroviaria en el concierto comparado. Apuntes para pensar las políticas públicas . . . . .	463
<i>Gabrela Stortoni (UBA - Argentina)</i>	
Emergencia alimentaria y derecho humano a la alimentación. Un análisis del Programa Argentina contra el Hambre . . . . .	489
<i>Ana María Bonet de Viola (Universidad Católica de Santa Fe - Argentina) y María Eugenia Marichal (Universidad Nacional del Litoral - Argentina)</i>	
Novedades legislativas . . . . .	523
<i>Eduardo Baldi (UNLP, Argentina)</i>	

<b>COMENTARIO A JURISPRUDENCIA</b> . . . . .	553
La imprescriptibilidad del derecho a obtener reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad . . . . .	557
<i>Nerina Da Rin (UBA - Argentina)</i>	
La ponderación en la aplicación judicial del derecho (Pequeño boceto histórico y teórico) . . . . .	569
<i>Alejandro González Monzón (Universidad de La Habana - Cuba)</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales inferiores . . . . .	669
<i>Fernando Aмоса (UCALP, Argentina) y Juan Francisco Díaz (UNLP, Argentina)</i>	
<b>TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO</b> . . . . .	691
Exhibiciones obscenas, vaguedad del término y colisión de principios constitucionales . . . . .	693
<i>Florencia Mariel Miranda (UBA - Argentina)</i>	
La importancia del poder de policía municipal, en la provincia de Buenos Aires, respecto a las fumigaciones con agroquímicos . . . . .	713
<i>Juan Ignacio Moreno (UNLP - Argentina)</i>	
Los derechos sociales como derechos «de segunda»: Razones frecuentes y visiones críticas . . . . .	731
<i>Santiago Andrés Nasif (Universidad de Mendoza - Argentina)</i>	
El neoliberalismo y sus acciones. América Latina y sus padecimientos (Planes Cóndor y Atlanta) . . . . .	755
<i>Guillermo Vaccaroni (Universidad Nacional de... - Argentina)</i>	

<b>INVESTIGACIONES</b> .....	775
Protocolización sistémica de la actividad jurisdiccional	779
<i>Homero M. Bibiloni y Abelardo Servin</i>	
<i>(UNLP - Argentina)</i>	
Las designaciones judiciales en la presidencia de Mauricio Macri .....	803
<i>José Ignacio López y Candela Villalibre</i>	
<i>(UNLP - Argentina)</i>	
<b>TRABAJOS DE EXTENSIÓN</b> .....	847
Los 30 años de la Convención de los Derechos del Niño: una mirada crítica sobre su vigencia .....	849
<i>Lucía Belaunzarán, Martina Flaberty, Martín</i>	
<i>Menestrina, Sebastián P. Pagano y Lucía F. Zapico</i>	
<i>Feltri (UNLP - Argentina)</i>	
<b>DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA</b> .....	859
Discurso de Hipólito Yrigoyen .....	863
<i>Ailén Díaz (UNLP - Argentina)</i>	
<b>SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO CRÍTICO</b> .....	871
Presentación del <i>dossier</i> especial sobre derecho crítico. La crítica del derecho: Límites y posibilidades de un pensamiento jurídico en acción .....	873
<i>Luciana Álvarez y Diego J. Duquelsky-Gómez</i>	
<i>(Universidad ... - Argentina)</i>	
Ethos crítico y <i>a priori</i> histórico de una experiencia posible. Contribución filosófica a la noción de crítica desde una ontología del presente .....	877
<i>Silvana Vignale (INCIHUSA CONICET - Argentina)</i>	

Notas latinoamericanas para una filosofía política materialista de los derechos . . . . .	903
<i>Sebastián Torres</i>	
<i>(Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)</i>	
Crítica, genealogía y derecho: hacia una reconfiguración experimental de la producción de conocimiento jurídico . . . . .	927
<i>Luciana Álvarez</i>	
<i>(Universidad Nacional de Cuyo - Argentina)</i>	
Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano . . . . .	949
<i>Diego J. Duquelsky Gómez</i>	
<i>(Universidad ... - Argentina)</i>	
Proceso cultural liberador y poder constituyente. La constitución como producto cultural. En memoria de Joaquín Herrera Flores . . . . .	971
<i>Alejandro Medici (UNLP, Argentina)</i>	
El derecho en la obra de Michel Foucault. Un desajuste entre prácticas y conceptualizaciones . . .	993
<i>Mauro Benente</i>	
<i>(Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina)</i>	
<b>ENTREVISTAS . . . . .</b>	<b>1017</b>
Conferencia de prensa del 2 de enero de 2020. Presentación de la defensa legal de E. Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra a Evo Morales . . . . .	1019



# EDITORIAL



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*

Obra: *Torturador sotánico II* (boceto digital)

**Yo quisiera saber qué diría cualquier madre  
corriente**

Es un error querer señalar lo que hay del otro lado  
Porque bien pensado Guido  
No hay un solo día  
No hay un solo momento  
Donde esto que llamamos *verdad*  
Nos una.

Estamos todos Adheridos/y/Atados a la ambigüedad  
de la palabra “sujeto“

La grieta la abrieron  
Los que arrojaron personas  
Al río

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*

## EDITORIAL. El tiempo de la peste

*Raúl Gustavo Ferreyra*<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14 VERANO 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo), 19-22

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e354>

*“Si, del mundo no nos caeremos.  
Ya que nos encontramos en él”.*

Christian D. Grabbe: “Hannibal” [1835]

La pandemia se ha globalizado. Se produjo la chispa viral en China hacia fines de 2019 y se expande por el mundo con una velocidad de propagación, en ocasiones, superior a las propias habilidades para comprender sus causas. No se sabe ni se sabrá con seguridad la etiología del contagio, acaso haya sido consecuencia “natural” de un descuido “natural”.

La humanidad, acrecentada en el siglo XXI por la revolución tecnológica, asiste con miedo y esperanza a la propagación del mal.

Una peste que tiene un momento probable de nacimiento, pero que se desconoce su momento de caducidad y mejor aún, su control. Las ciencias, por ahora, carecen de vacuna. Se arguye que la enfermedad viral no se encuentra en los libros de Medicina, aunque haya diversas contribuciones científicas con rasgos anticipatorios.

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

Antes que se desencadenare la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se encontraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para desgracia de los excluidos del reparto. En toda la historia de la humanidad la desgracia de los individuos y grupos vulnerables y marginados constituye una patética constancia existencial. Si la fuerza de la ciudadanía de una comunidad determinada se midiese por en el bienestar de los menos afortunados o con mayores desventajas, el estado de malestar instituye una situación prevaleciente.

La prevención y el cuidado de la salud de las personas es un derecho fundamental, que encuentra detalle en la abrumadora mayoría de las “Constituciones” de los Estados de América del Sud o una conexión normativa para abrir su jerarquía con nivel semejante a dicha Ley fundamental.

Sin embargo, la crisis generada por la peste global demuestra, que, en principio, “solo” los países “muy desarrollados” y hasta determinado punto, poseen infraestructura, conocimientos, personal profesional e instrumentos relativamente suficientes para enfrentar al “mal”. Siempre se supo: no bastan las normas.

La calamidad desencadenada por la pandemia afecta al mundo entero, en globo. Los conjurados para acabar con ella, quizás los gobernantes de cada país, no actúan globalmente. Cada gobierno de cada Estado instrumenta su propia política. Así, hay un modelo de Corea del Sur; un modelo alemán; un modelo chino; un modelo estadounidense; un modelo inglés; y, fatalmente, un modelo italiano y español. “Nuestra Italia amada”, hasta el correr de estas letras, no tiene ni vacunas ni letanías para detener el mayor número de personas fallecidas por el mal.

El balance, cuando culmine la propagación de la peste, demostrará la debilidad, en unos casos y la fortaleza, en otros casos, de las políticas estatales en materia de salud, más allá de las suertes en la contaminación. Todavía no se pueden conjeturar los resultados; empero, por enésima vez, una plaga ha tomado por sorpresa a la humanidad entera y, sobre todo, a sus

dirigentes políticos. Un golpe sorpresivo que se ha visto favorecido en países como la Argentina, por ejemplo, dado que en el período 2015-2019, por obra de las personas que asomaron electoralmente en el poder ejecutivo, intentaron la pulverización del acceso y disfrute del derecho a la salud.

Además, el malestar que ha inyectado la peste demuestra inequívocamente la cotización universal del derecho a la salud. Porque no corresponde decirlo: sin salud no hay existencia humana con dignidad.

El mantenimiento y desarrollo de una humanidad con existencia saludable, hoy más que nunca, depende de la ciencia y, muy en especial de los profesionales, expertos y trabajadores de la salud en todas sus áreas.

La ciencia se desarrolla, con avances y retrocesos en el campo experimental y teórico, en base a proposiciones capitales que comprueba o rechaza, a veces en el mismo espacio y al mismo ritmo; a veces, contradictoriamente, también. En el tiempo de la peste global, cuya evitación y cura no se conoce con argumentos sustentables, todo pareciera indicar que las autoridades constitucionales de un Estado de Derecho deben asumir el juicio de los científicos y expertos de la salud, en las condiciones celebradas. No hay ni debe existir espacio ni tiempo para la magia ni la mística. Nosotras y nosotros debemos como ciudadanas y ciudadanos obedecer a las autoridades constitucionales. Cumplir nuestro deber laico, aunque se intuya que el cumplimiento de las normas fuese un compromiso moral.

Las Constituciones sudamericanas expresan en sus escrituras el “deber de no dañar al otro”, quiero decir, que las personas no se dañan entre ellas y los servidores públicos cumplan con sus deberes; el criterio básico e indisputable para ordenar las coexistencias en paz de cualquier comunidad. Casi todas esas Leyes fundamentales se orientan, también, hacia solidaridad en diversos grados y no solamente en la tutela de la individualidad; así, pues, a partir de la honra de la existencia con vida, se postula “ayudar a vivir” con determinado régimen de bienestar.

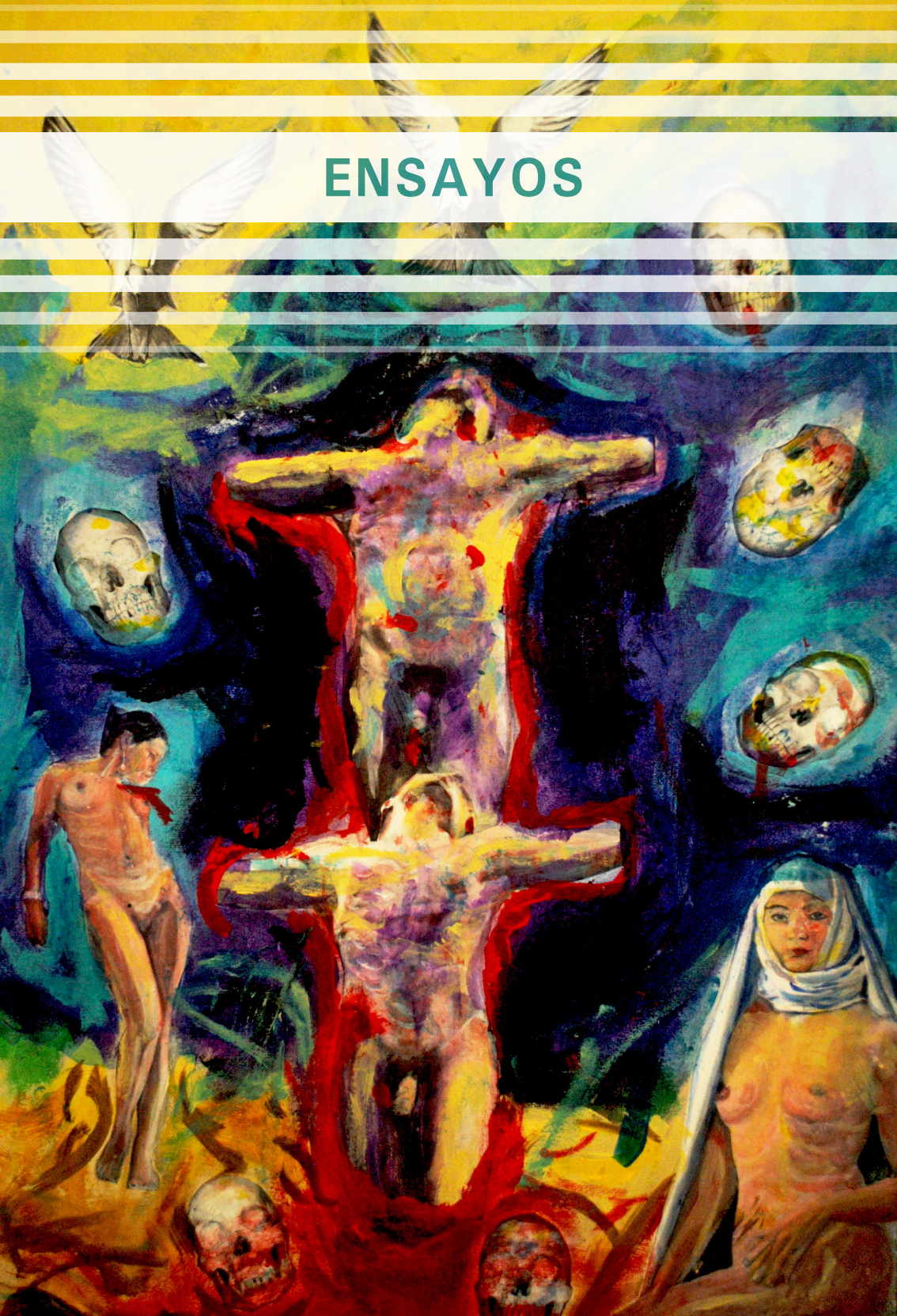
El “aislamiento obligatorio” de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal. En América del Sud más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay un Mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que para la economía, frágil y vulnerable de esas personas, ocasionará el aislamiento. El encerramiento que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales, significa el mejor horizonte posible, incluso sin saber su fecha de finalización.

La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no bastará con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Ese repertorio normativo, fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie, felizmente, descansa en la abrumadora mayoría de las Constituciones de América del Sud. Sin solidaridad no hay campo para contener el daño de la peste.

A menos de un lustro para que produjese la tan anunciada y “anárquica singularidad” que exhibiría a la inteligencia artificial en semejantes condiciones a la “inteligencia humana”, se corrobora, también, que el principio de incertidumbre sigue regidamente el gobierno y comando de la existencia de los seres humanos individuados en sus comunidades. Quienes fatalmente (y en especial sus gobernantes) deberán comprender la importancia clave que poseen los estudios y opiniones de los expertos en el cuidado y planificación de la salud, un modelo determinante para devaluar o extirpar la injusta exclusión social.

En suma. No existe programa político-constitucional ni protocolo científico que pueda comprender las complejidades de la existencia humana en su vida real, hasta nuevo aviso...

# ENSAYOS



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*  
Obra: *Vigilar y castigar* (collage)

## Falsos positivos

*Con el objetivo de incentivar la lucha armada  
contra-insurgente*

Llovia. Me acerqué. Y me quedé allí.

Las botas estaban en los pies equivocados.

Los fusiles eran de utilería.

Les proponen recoger café 8 meses en la otra punta  
de Colombia. 500 pesos.

Quien y por qué manejaba esos camiones?

Ya nadie descubre nada

El sol ya no brilla.

La hipocresía nos inunda los huesos.

que le saquen fotos sonriendo en la tormenta del horror  
de una guerra “preventiva”, celebrando con cinismo la  
“libertad espontánea con que se organiza el tránsito”.  
que es apenas *un modesto escritor que aun no ha  
ganado el Premio Nobel*. Costos de un encargo. Nadie  
va solo a sacarse fotos o a sonreír a Irak. Todo responde  
a una idea.

Y yo me pregunto si el falso fotomontaje que hizo en New  
York cuando lo ganó tomando un taxi como si fuera un  
profesor modesto de letras con un traje gastado –que no  
es (porque es un lobysta amigo del rey de España que  
en seguida salió a defender a Repsol la misma tarde que  
Cristina estatizaba YPF) /



Ni siquiera es Pamuk /  
No se vincula a los otros fotomontajes.  
A las otras botas puestas en los pies equivocados  
A los falsos premios por la paz.

la paz. Hidrocarburos. El olor a lavandina. También  
Noruega vive del petróleo. La enorme esvástica de Shell.  
El único premio para la poesía, nos enseñó Dario Fo, es  
no ser hipócrita. El artista es como un productor. Pero  
qué lugar ocupa? Que lugar ocupamos? A Franca Rame  
la violaron adentro de una fábrica. Y no por eso dejó de  
ser comunista o de hacer teatro en las fábricas junto a  
los trabajadores. Ella no se vendió nunca. Vargas Llosa  
dice que en toda la obra de Sartre no se descubre una  
sola "sonrisa". Los terrenos en que crece la barbarie no  
nacieron solos. Se van preparando. También el horror se  
cultiva.

La prensa no fue "cooptada". Claro que no. Se financia sola.  
Es "independiente" y "libre". Se preocupa con mucho  
celo por "informar" a fondo a la sociedad que también es  
"libre". Por mantenernos "informados". Y ciegos.

No es que hemos perdido la fe, como dice Rosenkrantz.  
Hemos perdido algo más grave que eso.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*



# **Sobre el Derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución**

*Miguel Revenga Sánchez*  
Universidad de Cádiz - España

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686  
Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)  
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e355>

## **Tras las cenizas de la guerra, la reconstrucción. El retorno del constitucionalismo**

En un trabajo publicado poco después de la conclusión del juicio de Nuremberg, Herbert Wechsler terminaba su análisis de las decisiones allí adoptadas, rebatiendo el argumento de que el Tribunal formado por los aliados había administrado una justicia de vencedores y, por lo mismo, parcial e imbuida del deseo de aplicar una revancha política. Para el autor de la teoría de los “principios neutrales” en la interpretación del Derecho Constitucional, el juicio de Nuremberg, en mayor medida aún que la Carta de San Francisco, había representado, por el contrario, la asunción solemne de una obligación: la de edificar un sistema de derecho justo, aplicable a todos y con instituciones lo suficientemente fuertes como para llevarlo a efecto. “Si culminamos con éxito esa gran tarea, - concluía Wechsler - y ninguna nación puede hacerlo por sí sola, Nuremberg pasará a la historia como la piedra angular de la casa de la paz. Pero si fracasamos, habremos de escuchar, de boca de la Alemania devastada, que el juicio de Nuremberg ha sido un segundo trágala (*diktat*) como el de Versalles. Y me temo - añadía - que,

no obstante la bondad de nuestras intenciones, nos habremos quedado faltos de respuesta”<sup>1</sup>.

El sistema de derecho justo a escala planetaria, y la disposición de instituciones con efectiva capacidad de asegurar la salvaguarda del mismo, continúa siendo, al paso de los años, la gran utopía pendiente de realización. Pero, quizá por vez primera en la historia, aparecen ante nuestros ojos signos de una racionalidad global que pugna decididamente por avanzar en la única dirección compatible con el logro de dicho ideal utópico. El retorno del constitucionalismo tiene así lugar en condiciones muy distintas a las de la época de las revoluciones burguesas. No en el seno de unidades estatales cerradas y auto-referenciales, con escasa comunicación entre ellas, sino en un universo político comunicado e interdependiente, concienciado sobre su destino, y con posibilidad de expresarse como tal a través de organizaciones que pugnan por ser cada vez más operativas.

El viejo Estado-Nación, surgido en el Renacimiento, está perdiendo, a ojos vista, su condición de referente único de la actividad política; y el constitucionalismo, como ideología de la libertad y emancipación de los seres humanos, afronta nuevos y apasionantes retos. Por lo pronto, el de eludir el riesgo de que lo que ha dado en llamarse *ideología de la Constitución* sea una mera cobertura en lo ideológico, y una mera formalización en lo jurídico, de un neoliberalismo convertido, tras la caída del muro de Berlín, en el genuino dios constitucional. La globalización no supone “el final de la historia”, ni la plasmación del viejo mito redivivo del “reino feliz de los tiempos finales”. Muy al contrario, es tarea del constitucionalismo, en la hora presente, reactivar en toda su potencia, y a la luz de la experiencia acumulada, el motor utópico que le impulsó a presentar como “verdades evidentes” los derechos del ser humano y a

---

<sup>1</sup> Herbert Wechsler, “The Issues of the Nuremberg Trial” (1946), recogido ahora en *Principles, Politics and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp. 138 y ss.

inscribir en sus señas de identidad el gran tríptico de ideales de la Revolución francesa, libertad-igualdad-fraternidad<sup>2</sup>.

Si algún elemento común puede encontrarse en el constitucionalismo de la posguerra, tal es, sin lugar a dudas, la reconstrucción de la idea de Constitución en torno a un núcleo representado por la defensa de los derechos fundamentales y el principio democrático frente a la negación de ambos por los regímenes totalitarios del Eje<sup>3</sup>. El antifascismo es el verdadero rasgo genético de un constitucionalismo *policy-oriented* (como cualquier otro), pero marcado antes por la terrible experiencia de los campos de concentración del nazismo, que por la impronta borrosa de las Declaraciones de Derechos de la “era de las Revoluciones”.

Un *ethos* combativo en defensa de democracia, una “cultura de los derechos fundamentales”, según la conocida expresión de Häberle<sup>4</sup>, exigía un nuevo lenguaje constitucional, una “lengua de los derechos” dispuesta para expresar, sobre bases nuevas, el potencial libertador del constitucionalismo, considerablemente menguado a lo largo del decurso histórico del Estado Constitucional.

El proceso de merma de dicho potencial, bajo el estatismo de signo iuspositivista, culminó en su desactivación más burda, y eso precisamente allí, en la Alemania *weimeriana*, donde los

---

<sup>2</sup> Cfr. el trabajo de Peter Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta, 1998. Tomo la expresión “ideología de la Constitución”, una especie de traslación a nuestro terreno del modelo de “pensamiento único”, de los trabajos de Pedro de Vega, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, 100 (1998), pp. 13 y ss., así como “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), pp. 65 y ss. Sobre la cuestión puede verse también el artículo de Antonio Aguilera Fernández, “Derecho Constitucional y ‘Derecha divina’”, *Leviatán*, 70 (1997), pp. 5 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Luis López Guerra, “Las constituciones europeas en el momento actual”, “Introducción” a *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, ed. de Germán Gómez Orfanel, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

<sup>4</sup> Peter Häberle, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (1993), pp. 149 y ss.

presupuestos formales de la democracia liberal habían alcanzado su expresión más sofisticada, frente a la alternativa del bolchevismo. Pocos trabajos de teoría constitucional supieron ver con tanta lucidez lo que estaba acaeciendo, como el que escribiera Gerhard Leibholz en el fatídico año 1933, publicado con el significativo título *La disolución de la democracia liberal en Alemania y la forma de Estado autoritaria*<sup>5</sup>.

La tesis básica de dicho trabajo es que los valores, primero cristianos, y más tarde secularizados, que habían proveído a la democracia parlamentaria de los fundamentos conceptuales y metafísicos implícitos en ella, se habían visto sometidos a un progresivo proceso de relativización, que había acabado por privar a aquélla de su propio mito y de su propia sustancia. En polémica con las concepciones de Kelsen, y profundizando en un par de trabajos publicados por él mismo poco antes (“Las tendencias actuales de la doctrina del Derecho Público en Alemania”, y el ya citado aquí “La formación de los conceptos en el Derecho Público”), Leibholz denuncia los males del relativismo y del positivismo como factores que coadyuvan a la pérdida de un mínimo de referentes valorativos, situando al sistema democrático, a causa de su disposición sustancialmente neutral, “en actitud inerte y suicida frente los movimientos antiliberales y antiparlamentarios”<sup>6</sup>.

Sobre la base de la idea de que la asociación histórica entre democracia y liberalismo no tiene un carácter de necesidad ineluctable, Leibholz acabará propugnando para aquélla una fundamentación específica en valores y creencias, sugerencia que hará plenamente suya la Ley Fundamental de 1949, con sus concepciones de democracia *militante* y democracia *de valores* (*streitbare demokratie*, *Wehrhaftedemokratie*). Como afirmó el Tribunal Constitucional alemán, en su célebre sentencia de 1956, en la que decretó la inconstitucionalidad del Partido Comunista,

---

<sup>5</sup> Gerhard Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Milán, Giuffrè, 1996.

<sup>6</sup> *La dissoluzione della democrazia liberale...*, p. 49.

“el artículo 21.2 de la Ley Fundamental expresa una consciente voluntad constitucional de resolver un problema límite del orden estatal liberal-democrático, y es resultado de las experiencias de un poder constituyente que en una determinada situación histórica *creyó no poder permitir ya que se realizara de forma pura el principio de la neutralidad del Estado*, reconocimiento de una democracia militante en este sentido”<sup>7</sup>.

Frente al escepticismo de Settembrini, el personaje de *La Montaña mágica*, de Thomas Mann, el constitucionalismo de la segunda posguerra bien podría suscribir las opiniones del co-protagonista de la obra, Naphta, cuando, polemizando con aquél, afirma:

“Querido amigo, el conocimiento puro no existe. La legitimidad del concepto religioso del conocimiento, que puede resumirse con las palabras de San Agustín ‘creo a fin de conocer’, es absolutamente indudable. La fe es el órgano del conocimiento; el intelecto es secundario. Vuestra ciencia sin premisa es un mito. Hay siempre una fe, una concepción del mundo, una idea; en una palabra, una voluntad, y atañe a la Razón el interpretar y el demostrar, siempre y en todos los casos. Se trata de llegar al *quod erat demonstrandum*”<sup>8</sup>.

El *quod erat demonstrandum* del constitucionalismo de nuestros días es la superioridad ética de la democracia como forma de gobierno, una democracia definida no sólo por la limpieza de las reglas procedimentales para la designación de los representantes, sino también, y sobre todo, por la fundamentación de todo el sistema sobre la premisa antropológico-cultural de la dignidad de la persona. Con el fin de salvaguardar dicha premisa, un constitucionalismo avisado, como el actual, ha acabado por conferir un sesgo radicalmente novedoso a técnicas jurídico-constitucionales que sólo en parte pueden considerarse

---

<sup>7</sup> Sentencia de 17 de agosto de 1956 (BVerfGE 5, 85); cfr. Ignacio de Otto, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 22 y ss.

<sup>8</sup> Thomas Mann, *La Montaña Mágica*, Barcelona, Plaza y Janés, 1989, p. 419.

inéditas: unos valores y unos principios que se preconizan, unos derechos que se garantizan, y un diseño institucional y organizativo congruente con ambos.

Valores, derechos e instituciones - las tradicionales partes *dogmática* y *orgánica* del texto constitucional - se implican recíprocamente. Las solemnes proclamas dogmáticas, características de lo que hemos llamado el momento del auge constitucional, han sido sustituidas en el constitucionalismo de nuestros días por un lenguaje más sobrio, un lenguaje adecuado para expresar en términos normativos las grandes decisiones de principio, dotando de efectividad a un determinado orden axiológico o sistema de valores.

Tal *estimativa* constitucional viene emplazada allí donde se trata de establecer los fundamentos del sistema, con el preciso objetivo de situarla en disposición de ejercer un influjo irradiante sobre la totalidad del ordenamiento. Con respecto a éste, la estimativa constitucional actúa, pues, como un gran parámetro que combina elementos de indeterminación y elementos de concreción; y es también una guía sugerente a cuya luz puede observarse el contenido de cualquier norma, con independencia de su rango, fundamentando un juicio de concordancia o de discordancia entre aquella estimativa y la norma en cuestión.

El Derecho de la Constitución se plantea así como tarea el progreso de la tendencia a los valores o, dicho en otros términos, se erige en defensor del orden social de los valores<sup>9</sup>. Éstos, como afirma Tomás y Valiente, y los principios constitucionalizados, no son “música celestial”, sino normas positivas vinculantes para el intérprete, y portadoras de lo que Peces Barba - otro pionero en el tratamiento de la cuestión entre nosotros - llama la “moralidad crítica”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr., *in extenso*, el trabajo pionero de Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y Política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984, *passim*.

<sup>10</sup> Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 34 y ss. La referencia a Tomás y Valiente lo es a su trabajo “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 635 y ss.



Pero lo que nos interesa destacar es que esta (relativamente) novedosa faceta del constitucionalismo, su fundamentación en valores y en principios que participan en plenitud de la fuerza normativa de la Constitución, parece haber trastocado no ya las construcciones tradicionales de quienes en el pasado hicieron del Derecho Público su campo de estudio, sino las de la ciencia del derecho *tout court*. La positivización de los principios y los derechos, junto a la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes, como expedientes *nuevos* al servicio de ideales *viejos*, aunque actualizados y quizás cada vez más exigentes, han dado un giro considerable a los *topoi* propios del Derecho Constitucional.

El problema de la interpretación de la Constitución, los que se derivan de la posición de la justicia constitucional y el valor de sus decisiones y, por encima de todo, el que plantea una Constitución de las características actuales como fundamento del sistema, son cuestiones que se sitúan ahora en el centro de la reflexión.

### ***Moral institucional y paradigma constitucional***

Comenzando por la última de las cuestiones anotadas, la de alcance más genérico, parece fuera de toda duda que el constitucionalismo de nuestros días replantea el *viejo* problema de las relaciones entre Constitución y sociedad sobre bases más sofisticadas de lo que lo hacía el constitucionalismo *mesiánico* de la era de las revoluciones. *Mesiánico* en el sentido de que fiaba su capacidad de influencia sobre las relaciones sociales en el mero hecho (taumatúrgico) de la existencia del documento. Por eso era un constitucionalismo de proclamas, de proclamas en su mayor parte no cumplidas. Por su parte, el constitucionalismo moderado que impera en la Europa del XIX, es un constitucionalismo desentendido de la sociedad, un constitucionalismo que arroja como resultado la glorificación del Estado, y el *blindaje* frente a la sociedad del ámbito de lo jurídico.

En contraste, la relación entre Constitución y sociedad se plantea hoy (por decirlo con el término que tanto gusta utilizar a los anglosajones) como *feedback*, es decir, como una relación de *retroalimentación* o influencia recíproca, de manera que los enunciados sustanciales del texto constitucional se van llenando de significado mediante la implementación de los mismos por los agentes sociales y/u operadores jurídicos. Esto podría considerarse como algo ya contemplado en la teoría *smendiana* de la integración, o bien en la (por nosotros denostada) tesis de la Constitución material. Pero, como ocurre siempre que construimos teorías, son los matices lo que importan.

No se trata de que la Constitución sea lo que los jueces, o los legisladores, o los ciudadanos, o quien quiera que sea, digan que es. El orden constitucional tampoco es un mero referente institucional dispuesto para incentivar los procesos de identificación de una sociedad consigo misma, ni se trata del resultado indeterminado, pero determinable, a través de la interrelación de las fuerzas políticas actuantes en un cierto tiempo.

La Constitución genuinamente democrática es, en nuestros días, una Constitución dirigente; dirigente no por la predeterminación rígida de objetivos políticos (lo que *puede* y, como muestra la experiencia de Constituciones bien próximas a la nuestra, *suele*, abocar a un conflicto entre voluntad constituyente y voluntad de las mudables mayorías constituidas a lo largo del tiempo), sino dirigente en el sentido de dotada de efectividad normativa. Esta efectividad se alcanza a través del despliegue del proceso político de manera conforme a los cauces previstos en la Constitución (Constitución “de procedimientos”). Y **se conquista** mediante el proceso de adaptación jurídica (y la consecuente realización social) de las disposiciones sustanciales - valores, principios, derechos - de la Constitución.

La Constitución recoge enunciados normativos, cuyo grado de concreción varía en proporción inversa al margen de que dispone el legislador para objetivar tales enunciados. Y una vez objetivados, su proceso aplicativo se traduce en una subjetivación dialéctica de los mismos (confrontación aplicativa y,

en su caso, jurisdiccional en sus distintos niveles, intra y supra nacional), que contribuye decisivamente a precisar/concretar el contenido del enunciado constitucional.

Una regulación constitucional “lograda” será aquella, en suma, cuya elasticidad no vaya en menoscabo de su intensidad prescriptiva; o, dicho de otro modo, una Constitución que no llegue a ser percibida ni como una rémora, desde el punto de vista de la fluidez del cambio social, ni como la mera formalización, confusa y estéril, de una inaprensible realidad política.

En tales condiciones, la Constitución se presenta no tanto como el producto de una férrea voluntad constituyente, entendida como polo fijo o baluarte de certeza, sino (por decirlo en los ya evocados términos de Niklas Luhman) como una “conquista evolutiva”<sup>11</sup>. Para la descripción del decurso constitucional, resulta más operativa la imagen de la Constitución como un centro de convergencia o polo de gravitación del pluralismo político-social, que la imagen de la misma como el punto de partida de un sendero jurídico-político trazado de antemano.

Tras la época de las grandes construcciones doctrinales, en la que la búsqueda de un concepto satisfactorio de Constitución se resolvía en la yuxtaposición de conceptos parciales, los constitucionalistas acusamos hoy mayores dosis de escepticismo teórico. El Derecho Constitucional ha dejado de *atormentarse* con las recurrentes dualidades que le han acompañado siempre (lo formal-jurídico frente a lo real-social, el poder constituyente estático frente al poder constituido dinámico), de manera que parece haberse convertido, dicho sea sin matiz peyorativo alguno, en una ciencia mucho más práctica. Parafraseando a Konrad Hesse, podría decirse que no nos importa tanto *el concepto* como *la cualidad* de la Constitución.

---

<sup>11</sup> Niklas Luhman, “La costituzione come conquista evolutiva”, cit. pp. 83 y ss; más recientemente, pueden verse las reflexiones en torno a la misma idea de Antonino Spadaro, “Dalla Costituzione come *atto* (puntuale nel tempo) alla Costituzione come *processo* (storico). Ovvero della continua *evoluzione* del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, *Quaderni Costituzionali*, 3 (1998), pp. 343 y ss.

Claro que el que la Constitución pueda desplegar sus cualidades es algo que está condicionado por el concepto que se sustente de la misma en el momento de establecer el texto, así como de la adecuación de éste a las necesidades políticas y sociales, y su consiguiente capacidad para suscitar un pacto de acatamiento perdurable en el tiempo. En la misma medida en que la Constitución *constituye* a la sociedad, y se estabiliza como forma política de la unidad social<sup>12</sup>, su efectividad demanda un **compromiso de reconocimiento**. Y de dicho compromiso, sustentado sobre un *ethos* constitucional ampliamente compartido y renovado de continuo, depende, en último extremo, la supervivencia de una Constitución que se asienta en la soberanía popular, axiológicamente fundada, y que se pretende normativa.

En 1934, Karl Llewellyn, una de las figuras señeras del llamado realismo jurídico norteamericano, reclamaba una nueva teoría constitucional que diera cuenta del carácter de la Constitución no como un documento, sino como una institución:

“una Constitución es, en cierto modo, una peculiar institución en cuyo seno se desenvuelve el modo habitual de comportamiento de un gran número de personas, por no decir la casi totalidad de la población. Si, como ocurre con la nuestra, se trata de una Constitución firmemente asentada, (...) no sólo lleva dentro de sí modelos habituales de conducta (o de inhibición) de las personas, sino que incluye también pautas emocionales y de pensamiento, es decir, actitudes perfectamente predecibles con respecto al símbolo verbal ‘Constitución’, y con respecto a cualquiera que se atreva a oponerse a *ella*”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En este aspecto de la Constitución como norma constitutiva de un proyecto de vida en común insiste Garrorena Morales en la Primera tesis de su ensayo “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51 (1997), pp. 37 y ss.

<sup>13</sup> Karl Llewellyn, “The Constitution as an Institution”, *Columbia Law Review*, XXXIV (1934), pp. 2 y ss.

Una reconstrucción teórica de tal naturaleza - prosigue Llewellyn en su inglés farragoso - capaz de presentar la Constitución no como el Documento, sino como la institución dotada de vida, aunque histórica y genéticamente condicionada por éste, “permitiría explicar de forma clara los hechos y las razones que llevaron al Tribunal Supremo a adoptar sus decisiones más erráticas” (*would make clear both the fact of and the reasons for the major vagaries of the Court’s action*).

Es probable (pues el autor en absoluto lo dice) que, al escribir las líneas que anteceden, Llewellyn pudiera tener *in mente* la que pasa por ser la más desacertada decisión del Tribunal Supremo norteamericano de todos los tiempos: la del caso *Dred Scott*, en la que, entre otras cosas, el juez Taney sostuvo que el Congreso no estaba legitimado para dar paso alguno encaminado a la abolición de la esclavitud<sup>14</sup>.

*Dred Scott* es el fantasma que airean los antipositivistas y antirrealistas de toda laya y condición para denunciar la inconsistencia del célebre aforismo, atribuído al *chief justice* Hughes “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”<sup>15</sup>. Un postulado que, al menos en materia constitucional, no admite, por la lógica de las cosas, la posibilidad de decisiones judiciales equivocadas.

En contra de un escepticismo tan descarnado se alzan aquellas teorías que defienden la incorporación a la Constitución de una moral bajo cuyo rasero resulta posible valorar lo acertado o desacertado de la hermenéutica constitucional; así ocurre con la teoría de la *moral institucional* formulada por Dworkin, y desarrollada, con matices diferenciales, por MacCormick.

Dworkin insiste en el valor fundamental de unos derechos implícitos (*background rights*), que devienen operativos a través de su plasmación en una moral institucional:

<sup>14</sup> *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 Howard), 393 (1857)

<sup>15</sup> La frase, según Robert Bork, fue pronunciada en un discurso que Hughes dio en Elmira (Nueva York), el 3 de mayo de 1907; cfr. *The Tempting of America. The Political seduction of the Law*, Nueva York, Simon and Schuster, 1990, Cpt. VIII (“Objections to Original Understanding”).

“Nuestro sistema constitucional - resume Dworkin - se funda en una concreta teoría moral, señaladamente, en la idea de que los individuos son titulares de derechos morales frente al Estado. Las cláusulas difíciles de la declaración de derechos, como por ejemplo la del proceso debido, o la de la igual protección frente a la ley, han de ser así entendidas como una apelación a conceptos morales, antes que como la expresión de concepciones concretas; de ahí que cualquier tribunal que asuma la carga de aplicar tales cláusulas, extrayendo plenamente de ellas las consecuencias jurídicas, tiene que ser por fuerza un tribunal activista, en el sentido de que ha de estar preparado para plantearse, y resolver, problemas de moralidad política”<sup>16</sup>.

La filosofía jurídica de Dworkin es, como se ha dicho, una filosofía incómoda, debido a que pone en cuestión el presupuesto, bien arraigado en nuestra mentalidad de juristas, de la separación del derecho y la moral<sup>17</sup>. Algo que, a poco positivista que se sea, - y todos cuantos nos hemos formado “a golpe de Código”, aún faltándonos Constitución, lo somos en mayor o menor medida - no deja de suscitar nos reparos. De ahí que, en la producción doctrinal de nuestros días, haya pocas obras más discutidas (e influyentes) que *Los derechos en serio*, como consecuencia de la radicalidad de sus postulados centrales: la presentación del Estado y el orden jurídico como meros instrumentos al servicio de la garantía de derechos, y la defensa del *derecho a triunfar* de los derechos individuales frente al bienestar colectivo o las decisiones de la mayoría.

De la obra de Dworkin se ha dicho que representa un mero *aggiornamento* del iusnaturalismo constitucional propio de la tradición norteamericana<sup>18</sup> y, por lo mismo, inadecuada para

<sup>16</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 147.

<sup>17</sup> Cfr. Albert Calsamiglia, “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985), pp. 159 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. Giorgio Rebuffa, “Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, X (1980), pp. 212 y ss.

ser transpuesta mecánicamente a nuestro Derecho de (rancia) impronta continental<sup>19</sup>. Pero, sea como fuere, el autor angloamericano ha sabido, como nadie, atraer la atención sobre las peculiaridades de un estilo argumentativo en el que la norma positiva, lejos de excluir, reclama el planteamiento de dilemas sobre principios fundamentales. Así sucede con mucha frecuencia en el ámbito del Derecho Constitucional, a uno y a otro lado del Atlántico, por más que ello pueda ser motivo de descontento para los entusiastas de la certeza del derecho.

Cercanas a las premisas de Dworkin, aunque desde presupuestos rigurosamente positivistas, se hallan las ideas expuestas por Neil MacCormick, en diálogo con aquél:

“Allí donde hay Derecho Constitucional - dice MacCormick - tiene que existir también teoría constitucional; y la teoría constitucional ha de basarse necesariamente en una visión del Estado constitucional como Estado que aspira a ser un ordenamiento moral”<sup>20</sup>.

MacCormick se proclama heredero de una tradición doctrinal que explica la Constitución británica *al estilo Dworkin*; así, por ejemplo, Dicey y su exposición del sistema constitucional sobre la base de dos principios: la soberanía del Parlamento y la *rule of law*, de cuyo contenido son parte fundamental unos derechos que, conforme son interpretados y defendidos por los Tribunales, son la fuente, y no la consecuencia, de la Constitución. Así también John Austin, para quien el Derecho Constitucional es, en gran medida, “moral positiva”, asentada en costumbres y usos de cuya repetición mecánica depende la propia supervivencia de la Constitución<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> No hay que olvidar que el propio Dworkin presenta la evolución del sistema constitucional norteamericano como una paulatina plasmación de los ideales inscritos en la Constitución.

<sup>20</sup> N. MacCormick, “La morale istituzionale e la costituzione”, en N. MacCormick y O. Weinberger, *Il diritto come istituzione (a cura di Massimo La Torre)*, Bolonia, Seminario Giuridico della Università di Bologna, 1992, pp. 213.

<sup>21</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, Cpt. VI, y su opúsculo de 1859, menos conocido, *Plea for the Constitution*; cfr. MacCormick, “La morale istituzionale...”, cit.

Tal es el punto de vista abrazado por MacCormick, al defender el valor de la costumbre como “un producto de la razón práctica de los seres humanos aplicada a la necesidad de asegurar un marco estable para la convivencia”. El consenso básico sobre las reglas del juego constitucionales tendría así por objeto un valor bien simple y general: el valor de la convivencia ordenada frente al caos, y la “moral institucional”, descrita por Dworkin, resultaría, en definitiva, según el autor que ahora glosamos, un meritorio intento de exponer esa racionalidad práctica como un conjunto articulado de principios.

Se compartan o no las ideas de Dworkin sobre el peso de los derechos, sobre el juez *hercúleo*, o sobre la “única respuesta correcta”<sup>22</sup>, hoy está fuera de duda que la teoría jurídica tradicional hace aguas por todas partes a la hora de explicar el significado de la vinculación de los poderes públicos (y de los ciudadanos) a la Constitución. Empleo ahora los términos “teoría tradicional” de manera imprecisa y seguramente inaceptable para cualquiera que se halle mínimamente familiarizado con los entresijos de la filosofía jurídica<sup>23</sup>.

La llamo “tradicional”, porque ella fue la que marcó la pauta de los momentos iniciales de la formación como juristas de las personas de mi generación. Lo que estudiábamos entonces era un derecho sin Constitución, un derecho plagado de brocados con algunos siglos de existencia, en el que se pasaba como sobre ascuas por el momento de la creación de las normas, y

---

<sup>22</sup> Sobre esto último, se lee con gusto el diálogo epistolar mantenido por Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, aquél tan iconoclasta y heterodoxo como de costumbre, publicado bajo el título *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998. Las tesis de Alejandro Nieto sobre la falacia de la “única respuesta correcta”, han sido desarrolladas *in extenso* en su libro *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

<sup>23</sup> En la doctrina norteamericana dicha doctrina “tradicional” se correspondería con el allí llamado *Classical legal thought*, el paradigma teórico que hizo crisis durante los años 30 del pasado siglo, de forma paralela a la implantación del *New deal*. Tal crisis está muy bien descrita en la monografía de José Ignacio Solar Cayón, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2002.



en el que éstas, sobre todo si estaban encerradas en un Código, se nos aparecían como el armazón de un sistema no ya coherente, sistemático y completo - como repetían los entusiastas de la exégesis - sino además razonable y seguro. *Razonable* no porque fuera compatible con la única razón que hoy nos parece que puede sustentar la convivencia, la razón democrática, sino por su cartesianismo, en tanto que sistema. Y *seguro* no porque pusiera a los ciudadanos a resguardo de las arbitrariedades del poder, sino porque venía considerado como fuente de toda certeza por el mero hecho de su publicación en el *BOE*. Un derecho, en suma, que orillaba la cuestión de la legitimidad, que ensalzaba el derecho legislado, y que (probablemente de buena fe) continuaba creyendo en el valor del silogismo como sustento lógico de la correcta aplicación del derecho.

Naturalmente, se trata de una visión del pasado groseramente esquemática y un tanto esperpéntica, lo que no hace justicia a aquellos profesores que acostumbraban a elevar el vuelo por encima de las certezas del *ius positum* y su dogmática, un vuelo, por cierto, no siempre realizado en nombre de la razón democrática.

Sea como fuere, en un ambiente jurídico de tales características, sobre todo y antes que cualquier cosa, legicentrista y celoso guardián de unas tradiciones romano-canónicas-continenciales, no es exagerado aplicar a la entrada en vigor de una Constitución autoproclamada vinculante, y con vocación fundadora, el dicho “como elefante por cacharrería”.

Nunca dejará uno de admirar qué singulares circunstancias de concordia política y finura intelectual hubieron de concurrir como para que, en el espacio de pocos meses, nuestra secular e indiscutida cultura de código comenzara a experimentar el impacto de una ambiciosa cultura constitucional que necesariamente había de remover, para imponerse, muchos de los viejos cimientos. Aquí no se hizo honor a Lampedusa. Hubo un giro copernicano que transformó efectivamente nuestra práctica y nuestra cultura del Derecho. Ello demuestra, dicho sea de paso,

que quizá no era tan *rancio* el clima docente de la Universidad en la que nos formamos desde mediados de los años 70, ni tan acusado el déficit crítico que creíamos percibir. De otro modo, no hubiera sido posible el fecundo debate doctrinal inmediato a la entrada en vigor de la Constitución<sup>24</sup>, ni se habría hecho realidad, con tanta prontitud, la existencia de un Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

Si atendemos a esa *revolución* en los supuestos de partida, y nos fijamos en una práctica jurídica que cada vez tiene menos que ver con las tranquilizantes certezas de un derecho escrito, dotado de precisión en sus enunciados normativos, y emanado de un único centro de imputación, resulta tanto más sorprendente comprobar las resistencias que todavía suscitan las teorías que pretenden dar cuenta de la nueva realidad. Así ha sucedido, de manera paradigmática, con un libro cuya lectura incita a un cuestionamiento radical de los hábitos mentales con los que solemos aproximarnos al fenómeno jurídico. Me refiero al *Diritto mite*, de Gustavo Zagrebelsky, traducido aquí

---

<sup>24</sup> Estoy pensando en mis primeras lecturas sistemáticas sobre el conjunto del texto constitucional: los dos volúmenes publicados por la UNED, en 1978, bajo el título *Lecturas sobre la Constitución española*, el dirigido por Manuel Ramírez, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979 y, sobre todo, el libro dirigido por Predieri y García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Cívitas, 1980.

<sup>25</sup> La primera resolución de fondo del Tribunal Constitucional es un Auto, el 1/1980, datado el 11 de agosto. El actor desistió de su pretensión (el cobro de una pensión de jubilación como miembro del extinto Cuerpo republicano de Seguridad y Asalto) al haber obtenido satisfacción extraprocésal de la misma. De todos modos, denota la confianza desmedida depositada por el actor en el Tribunal el hecho de que su demanda incurriera en causa de inadmisión por carecer de dirección letrada y representación procesal. Hasta el mismo momento de escribir estas líneas, no habíamos reparado en que la recopilación de la jurisprudencia constitucional copatrocinada por el propio Tribunal Constitucional y por el *BOE*, contiene una jugosa "Presentación" de García Pelayo, en la que el entonces presidente de la institución realiza una apasionada defensa de la jurisdicción constitucional. Función de ésta, escribió, "no es sólo interpretar la Constitución como si se tratara de una simple ley, sino desarrollarla, proseguirla y precisarla, asegurando así su estabilidad ante distintas circunstancias y coyunturas históricas. Con ello - concluye García Pelayo - contribuye a fortalecer la seguridad jurídica en materia constitucional, lo que, dada la naturaleza fundamentadora de la Constitución, conlleva el fortalecimiento del ordenamiento jurídico todo".

(en feliz aportación de la responsable de la versión española) como *El derecho dúctil*<sup>26</sup>.

Hace años que éramos conscientes de que la ley - por decirlo coloquialmente - había dejado de ser lo que era. El ingreso en la “edad de la descodificación” había conllevado el final de los tiempos de la concordia entre la legalidad y la legitimidad, con la ley como zona de encuentro<sup>27</sup>. Zagrebelsky no necesita arrancar de ahí para explicar en qué han cambiado los cuatro o cinco axiomas en torno a los cuales funciona el Estado constitucional desde hace dos siglos. Más bien se quita la venda histórica, y lo que aparece ante sus ojos, una vez desprovistos de los resabios de aquella naturaleza, es un derecho bastante desordenado; un derecho que acusa el derrumbe del mito de la soberanía estatal y una ley de cuyas entrañas se han seccionado los derechos y aún la propia idea de justicia. El derecho desordenado, incluso caótico en muchas de sus manifestaciones, resulta funcional a las necesidades de una sociedad compleja como la de nuestras (llamadas) democracias avanzadas, porque su *mitezza*, esto es, su elasticidad, su maleabilidad esencial, es precisamente la que permite el acuerdo de la gran mayoría sobre algunos principios básicos que subsisten y se refuerzan con el paso del tiempo. En tanto que sede donde tales principios aparecen objetivados, la Constitución deviene así un centro hacia el que todo converge, un “compromiso de la posibilidad”, del que sólo cabe predicar con carácter absoluto y, en tal sentido, soberano, “la doble exigencia de mantener el pluralismo de los valores (por lo que se refiere a su aspecto sustancial), así como el de asegurar la

---

<sup>26</sup> G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, con epílogo de Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995; cfr. la amplia atención que dispensó a la obra el *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (1996), con artículos de Marina Gascón, Enoch Albertí, Perfecto Andrés, Roberto Blanco, José Antonio García Amado, Alfonso García Figueroa, Ricardo Guastini y Luis Prieto Sanchís.

<sup>27</sup> Es inevitable la referencia a la obra, ya clásica, de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

leal confrontación entre ellos (en lo que respecta a la vertiente procedimental)”<sup>28</sup>.

No incurriré aquí en el error de proseguir con el intento de resumir uno de los libros jurídicos más leídos de los últimos años. Lo que me interesaba destacar es lo difícil que todavía nos resulta asumir que el trono no es susceptible de reparto. Si entronizamos la Constitución, entonces la ley queda desplazada, como todo el mundo admite. Y con una ley sometida al imperio de la Constitución es inevitable que se resientan las posiciones de todos: la del autor de la ley, el legislador, por muy democrático que sea, pero también la del juez independiente, aunque sujeto a ella, y la de la Administración, con su enigmática doble vinculación a la ley y *al Derecho* y, en fin, la de los operadores jurídicos todos, a cuyo cuidado queda el funcionamiento de un sistema que no admite ya hegemónicos “señores del Derecho”.

El autor italiano se refiere al Derecho Constitucional como un “conjunto de materiales de construcción” cuya combinación concreta, a los efectos de levantar el edificio, viene determinada por la política constitucional. Materiales de construcción, que no de derribo, pero que en cualquier caso parecen exigir un replanteamiento de categorías con las que seguimos empeñados en habérmolas, aunque sea al precio de desconocer la realidad. En esa tarea, nadie está llamado a tener tanta responsabilidad como nosotros, los profesores, en nuestra condición de autores de doctrina; y especialmente los constitucionalistas, dadas las insuficiencias de que adolece la teoría constitucional que venía considerada hasta hace bien poco como dominante<sup>29</sup>.

A la vista del funcionamiento de un constitucionalismo como el de nuestros días, la teoría del derecho viene realizando algunas aportaciones que resultan de gran interés para nuestro

<sup>28</sup> Cito por la versión original italiana, *Il diritto mite. Legge, diritti, Giustizia*, Turín, Einaudi, 1992, p. 11.

<sup>29</sup> Teoría trasladada en algunos casos, de manera irreflexiva, al propio texto de la Constitución, como ocurre con la regulación del control parlamentario, realizada manifiestamente con total ignorancia de la práctica del Estado de partidos.

gremio. Entre las dos venerables aproximaciones tradicionales a la fundamentación de lo jurídico, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, el constitucionalismo está emergiendo, en efecto, cada vez con mayor fuerza, como un complejo *tertium genus*. Y eso hasta el punto de que una influyente corriente doctrinal se muestra convencida de que la cultura jurídica de nuestros días está imbuida de un nuevo paradigma: precisamente, el paradigma constitucional y “garantista”

Unas cuantas páginas más arriba nos referimos ya a las dificultades que plantea el intento de encajar el constitucionalismo, como doctrina referida a los límites del poder, con el positivismo en cualquiera de sus vertientes o, al menos, en cualquiera de sus vertientes clásicas<sup>30</sup>. Es más, una de las tesis centrales de estas páginas es que **el positivismo decimonónico falseó el constitucionalismo**, neutralizando el potencial libertador inscrito en el gran tríptico de ideales de la Revolución francesa. Por otra parte, también hemos sostenido que la reconstrucción del constitucionalismo, tras las cenizas de la guerra, se realizó **mediante la incrustación en el Derecho Constitucional, ergo en el Derecho positivo, de un determinado orden de valores**, en respuesta al horror y la indignidad del más inmediato pasado.

Un constitucionalismo de tal naturaleza no necesita saldar cuentas ni con el iusnaturalismo, ni con el iuspositivismo. En realidad el constitucionalismo raras veces necesitó saldar cuentas con el primero. Su relación fue de perfecta armonía en los momentos del apogeo revolucionario burgués - la Constitución como instrumento para el traslado del Derecho Natural al mundo efectivo -, quedó eclipsada durante el largo auge del iuspositivismo legalista, y reapareció, en términos de conflicto, precisamente cuando los supuestos políticos de fondo no consentían ya la manipulación de la ley al servicio de los intereses de una sola clase social. Es entonces, en los convulsos años de la Alemania de Weimar, cuando la incipiente razón democrática,

---

<sup>30</sup> Epígrafe “Positivismo versus constitucionalismo”.

a la sazón concentrada exclusivamente en el legislador, recibe el embate de un Derecho Natural, reformulado entonces, bajo la larga estela del romanticismo jurídico, con concepciones tales como el “sagrado derecho del pueblo”, la “naturaleza de las cosas”, la “realidad de la vida”, etc.<sup>31</sup>.

Quienes redactaron los textos constitucionales de la posguerra conocían bien dicho conflicto, pero no por ello renunciaron a insuflar el derecho de la Constitución con los aires de un cierto iusnaturalismo, convenientemente puesto al día. Al fin y al cabo, se trataba de un problema de cálculo de riesgos y de disposición de medios para proteger la Constitución frente a posibles *degeneraciones* u operaciones de boicot.

Dicho de manera sintética: si la  *vexata quaestio* del constitucionalismo no ha sido otra, históricamente, que la del control del poder por el derecho, con una neta contraposición entre razón política y razón jurídica, la cuestión se nos presenta más bien en nuestros días como la de los controles recíprocos entre unos poderes, que son más, y de distinta naturaleza, que los tres tradicionales, y donde la **razón constitucional**, en cuyo nombre se disponen los controles, hace mucho más difusos los confines<sup>32</sup> que delimitan la política y el derecho<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> El conflicto se centró, como es sabido, en torno a la disponibilidad de la ley por los jueces - una casta por entonces especialmente reaccionaria - sobre todo, a propósito de la aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 109.1 del texto constitucional de Weimar. La cuestión fue el objeto central de debate de la reunión de profesores alemanes de Derecho del Estado, celebrada en Munich, en 1926. Un año antes, el Tribunal del *Reich* para asuntos civiles había reivindicado con éxito “el derecho que corresponde a los jueces desde tiempo inmemorial” de verificar un control de la ley, desde el punto de vista de su concordancia material con la Constitución. En su *Estado de derecho o Dictadura*, Herman Heller comenta en términos amargos esta decisión, mediante la cual, en su opinión, “la burguesía (habría) logrado por el momento asegurarse eficazmente contra el riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal” (Herman Heller, cit. nota 68, p. 288). En términos más generales, sobre el mencionado conflicto y su contexto, puede verse el libro de Giuseppe Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milán Giuffrè, 1977, especialmente Cpt. II (“El Romanticismo Giuridico”), con amplia glosa de decisiones judiciales concretas.

<sup>32</sup> Con respecto a la enumeración de los poderes, es interesante la tipología propuesta por Jorge de Esteban, quien distingue en nuestra Constitución de 1978 “siete más uno”,

Si las cosas parecen ser así, hablando en términos generales, ¿qué no decir de los *riesgos del iusnaturalismo* en un país como el nuestro, hasta hace bien pocos años un erial en materia de canalización jurídica de la política, y (quizá por ello) tan aficionado a glorificar unos principios generales del derecho, nunca bien definidos ni perfilados, pero sí presentados como la materialización de la Justicia *-naturalmente* con mayúscula- frente a las contingencias y los defectos de la ley positiva? Una tradición semejante justifica toda la pasión que pueda emplearse en defensa de la ley, como expresión de la voluntad democrática, a la par que explica por sí sola la cautela (a la que antes nos referíamos) con la que alguna de las tesis de *El Derecho dúctil* ha sido acogida entre nosotros<sup>33</sup>.

Pero volvamos al asunto. El constitucionalismo valorativo - de valores llamados superiores, y de principios de muy diversas naturaleza y alcance - tampoco necesita realizar liquidación de cuentas alguna con el positivismo. ¿Cómo iba a precisar hacerlo si de lo que se trata exactamente es de hacer partícipe a la Constitución de las características propias de todo derecho positivo? Lo radicalmente nuevo no es que el texto de las Constituciones haya acabado por incorporar prescripciones propias del Derecho Natural, sino la difusión de una idea que, hace bien poco tiempo, no habría sido admitida, al menos en términos generales: la de que no puede haber democracia sin Constitución normativa. Normativa significa dotada de medios

---

a saber: el electoral, el moderador, el corrector, el ejecutivo, el parlamentario, el judicial, el constituyente-constituido y el autonómico. Un criterio de división semejante constituye el hilo conductor de los tres volúmenes de su *Curso de Derecho Constitucional*, publicado conjuntamente con Pedro J. González Trevijano.

<sup>33</sup> Cfr. la recensión de Francisco Rubio Llorente, de todos modos muy encomiástica, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994), pp. 427 y ss., así como el "Epílogo", éste más crítico, de Gregorio Peces-Barba a la edición española de la obra, publicada por Trotta en 1994. Sobre el papel atribuido tradicionalmente en España a los principios generales del derecho, y la necesidad de "ponerlos en su sitio", tras la entrada en vigor de la Constitución, son muy interesantes las consideraciones que realiza el propio Rubio Llorente en su prólogo a la obra colectiva, dirigida por él, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

para asegurar la sujeción a ella de poderes e individuos o, lo que es igual, con vocación de efectividad, por cuanto prevé la manera de reaccionar contra, e impedir la perpetuación de, lo opuesto a ella.

El constitucionalismo abomina tanto del subjetivismo iusnaturalista, como de la ciega objetividad del Estado legislativo de derecho. Su condición de tercero en discordia proviene, en definitiva, de lo que repudia, pero también de lo que toma de una y de otra forma de pensamiento jurídico. Si el positivismo *absolutiza* la ley, el constitucionalismo hace de ella algo problemático, aunque sólo en aras de la supremacía de la Constitución, con su entramado de normas *positivas*, admite que pueda ser puesta en entredicho. Si el iusnaturalismo condiciona el *ser* de la norma a su correspondencia con el *deber ser* estatuido en un derecho natural cuyas prescripciones son abiertas e indeterminadas, el constitucionalismo delimita cuidadosamente el parámetro crítico, y además lo sitúa en el más alto nivel del derecho positivo.

Es, sobre todo, esa novedosa escisión del orden jurídico positivo en dos niveles, ese “Derecho sobre el derecho”, que confiere a la Constitución (según nuestro Tribunal Constitucional) el carácter de “norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico” (STC 9/1981, FJ 3), la que permite hablar de un nuevo paradigma en la ciencia del Derecho.

Dicho paradigma, situado a medio camino entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, no es otro que el constitucionalismo. Al menos así lo sostiene hoy, con notable pujanza, un amplio sector de cultivadores de la teoría del Derecho: por dar algunos nombres, entre los muchos que podrían citarse, Alexy, Ferrajoli y Guastini y, en España, Prieto Sanchís y García Figueroa<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> De inexcusable cita al respecto es el libro colectivo *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, coordinado por Miguel Carbonell y con contribuciones de Ferrajoli, Alexy,



Según Ferrajoli, a resultas de la positivización del Derecho Natural se ha producido una aproximación entre legitimación interna, o deber ser jurídico, y legitimación externa, o deber ser extrajurídico, es decir, “una juridificación de este último mediante la interiorización en el derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa que habían sido expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural”. Y en tales condiciones,

“el antiguo conflicto entre derecho positivo y derecho natural y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo ha perdido gran parte de su significado filosófico-político, al haberse cambiado los términos de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre derecho como es y derecho como debe ser. La diferencia entre ser y deber ser *del* derecho expresado por la vieja dicotomía ley positiva/ley natural se ha transformado en gran medida en una diferencia entre ser y deber ser *en* el derecho, trasladándose al tejido mismo de los ordenamientos jurídico positivos y configurándose como *incoherencia* o *antinomía* entre sus diferentes niveles normativos: entre la constitución y la ley, entre la ley y la jurisdicción, entre la ley y las actividades administrativas, ejecutivas y de policía”<sup>35</sup>.

Para Ferrajoli, la marca distintiva del Estado constitucional de nuestros días reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez de las normas no sólo atañen a su regularidad formal, sino también a su contenido sustancial -esto es lo que otro filósofo del derecho italiano denomina *rematerialización*

---

Guastini, Comanducci, Moreso, Prieto Sanchís, García Figueroa, Pozzolo, Bayón, Sastre Ariza y Barberis. Dentro de él resulta de especial interés el trabajo de Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. Y por su carácter pionero en la doctrina española también es de rigor remitir al libro de Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontanara, 1999.

<sup>35</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, pp. 356-357.

de la Constitución<sup>36</sup> -, de donde extrae un decisivo distingo entre *vigencia* de la norma, referida al aspecto formal de la regularidad del acto normativo, y *validez* de la misma, centrada en la adecuación constitucional de su contenido<sup>37</sup>.

El paradigma constitucional produce además una relación de tipo circular entre la normatividad del Derecho y una teoría jurídica que también aspira a ser normativa. Centro de atención de dicha teoría no es sólo, en efecto, el derecho vigente, *conforme es*, sino que abarca, al mismo tiempo, un “modelo ideal”: el proyecto de Derecho inscrito en la Constitución, que actúa de referente crítico. Teoría jurídica y análisis *dogmático* -si es que este término sigue conviniendo a una teoría que ha dejado de plegarse sobre sí misma, renunciando a las viejas aspiraciones de “complitud”, coherencia y sistematicidad - participan, pues, de una doble dimensión que ha acabado por fusionarse: *descriptiva* del ser del derecho, y *prescriptiva* en lo que tiene de juicio de conformidad con la justicia *rematerializada* del texto constitucional<sup>38</sup>.

Si empleamos la terminología anglosajona utilizada por un autor alemán, podríamos concluir afirmando que el Derecho Constitucional se nos aparece hoy como situado a medio camino entre un vaporoso *higher law*, de resonancias medievales, y un rastrero (por contingente e incondicionado) *statutory law* tan arcaico como el anterior<sup>39</sup>. Las disposiciones constitucionales son así el fundamento de todo el derecho, pero también *representan* la cima del espacio jurídico, salvedad hecha de los casos en que la propia Constitución, como sucede en España, alarga tal espacio con remisiones a un Derecho Internacional que está

<sup>36</sup> Massimo La Torre, “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, cit.

<sup>37</sup> *Derecho y Razón...*, Cpt. 13 y especialmente Epígrafes 57 y 58

<sup>38</sup> Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, Cpt. IV (“La filosofía analítica e il paradigma costituzionale della scienza giuridica”).

<sup>39</sup> E. Denninger, “Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law”, en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, Springer-Verlag, 1988, pp. 103 y ss.

experimentando, en materia de defensa de los derechos, transformaciones semejantes a las ya consumadas en el ámbito del Derecho Constitucional<sup>40</sup>.

## Justicia constitucional e interpretación de la Constitución

Pocas afirmaciones despiertan entre nosotros un acuerdo tan generalizado como la que se refiere a la interpretación de la Constitución como *el problema*, por antonomasia, de la teoría y el Derecho constitucionales de nuestros días. En Europa y, desde luego, en España, el Derecho Constitucional no hace mucho tiempo que disfruta de las ventajas que, para la dignidad científica de dicha rama del derecho como disciplina académica, se derivan de la *judicialización* de sus enunciados. Pero, una vez descubierta la *terra ignota* del laboratorio judicial, una vez sobrepasadas las horas que alguien llamó “de pavorosa soledad” de los cultivadores de un Derecho que, por marcar distancias con el pasado, cambió hasta el nombre, parece como si, más allá del juicio de constitucionalidad, no hubiera sino el vacío<sup>41</sup>.

El “entusiasmo” por la judicialización es comprensible, pero a veces induce a sostener tesis, desde mi punto de vista,

---

<sup>40</sup> Remito de nuevo a Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, Anabasi, 1995, así como a Danilo Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995.

<sup>41</sup> Lo de las “horas de pavorosa soledad” está tomado de una recensión de Lorenzo Martín Retortillo, publicada en 1981, que contiene un irónico alegato contra el oportunismo que, creía él, se avecinaba: “hace Derecho Constitucional quien hace Derecho Constitucional, siempre que haga Derecho Constitucional. Lo malo sería confundir la ciencia con la longaniza y alardear de científico con la mira puesta, en cambio, en el banquete. Porque, al igual que en los bodegones barrocos se acumulan y arraciman frutos y más frutos y aun piezas de caza, hoy en el ámbito del Derecho Constitucional se ofrece, atractivo y sugeridor, un panorama, auténtica tierra de promisión, henchido de incienso y oro - tal vez sólo de plata - con el sueño de la lluvia de asuntos, de pleitos - ya hay un Tribunal Constitucional funcionando - y de dictámenes (...). Porque el hacer ciencia está, y ha estado abierto, a todos; todos los que quisieron pudieron empujar en esta a veces lenta, tan desasistida, tan desvencijada, en ocasiones, carreta de la ciencia del Derecho Constitucional, que conoció horas de pavorosa soledad”. El libro recensionado era el *Derecho Presupuestario*, de Laband, en la edición al cuidado, y con un excelente estudio introductorio, de Álvaro Rodríguez Bereijo; cfr. *Revista de Administración Pública*, 96 (1981), pp. 439 y ss.

erróneas. Por ejemplo, no creo que el ámbito objetivo del Derecho Constitucional pueda delimitarse, como a veces se hace, mediante la exclusiva referencia a los mandatos constitucionales y a la interpretación de los mismos verificada por la jurisprudencia constitucional. Se trata de un empeño que suele inscribirse dentro del contexto de un discurso sobre las fuentes de nuestra disciplina, y donde el “pie forzado” del enfoque (la tesis formalista/tradicional de las fuentes, con la jurisprudencia como fuente auxiliar) obliga a marcar distancias, removiendo las aguas, más estancadas que turbulentas, de la *hidráulica* jurídica.

Bromas aparte, hoy no son pocos los autores que denuncian la “hiper-formalización” producida en nuestro pujante Derecho Constitucional como consecuencia de una “estrategia de exclusiones”, que tendía a deslegitimar cualquier enfoque no apegado a la cita jurisprudencial. Transcurridos ya los tiempos en los que todo estaba por hacer en materia *ordinamental* (fuentes, cauces de garantía, relaciones entre los subsistemas estatal y autonómico, etc.), y superada la proclividad al anatema, quizá estamos asistiendo a un movimiento pendular que reclama de los especialistas una mayor dedicación al trasfondo político de las normas, y al engarce de éstas con la realidad<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> En este sentido, he leído últimamente dos opiniones muy autorizadas, la de Luis López Guerra, en su Proyecto para el acceso a una cátedra en la Universidad Carlos III (“la tarea que se muestra en estos momentos más necesitada de atención de los especialistas del Derecho Constitucional es el análisis, exposición y clarificación de cuáles sean los contenidos materiales de las normas constitucionales, en relación con su significado político, en cuanto opciones concretas entre diversas alternativas presentes”, y la de Oscar Alzaga en la “Razón de ser”, escrita a modo de exordio del n° 1 de la Revista, de expresivo título, *Teoría y Realidad constitucional* (“Creemos poco fructíferos los enfoques evasivos, por mucho que se cubran con ropajes aparentemente ricos y brillantes, y entendemos que hasta el profesor más seducido por la estética y el *sex appeal* del formalismo acabará encontrando fascinante el difícil mundo de las relaciones entre la Constitución, en concreto, y las normas políticas, en general, con la realidad. Nuestro sentido del olfato, vieja y fiable fuente de conocimientos, nos dice que de la conexión entre teoría y realidad podemos esperar un nuevo y fuerte impulso de nuestra Ciencia”).

La fascinación por la justicia constitucional induce también a cierta desmesura cuando, hablando en términos generales, se hace de ella una exigencia ineluctable para la salvaguarda de la supremacía constitucional y aun de la propia democracia. Se olvida así que la jurisdicción constitucional fue un expediente introducido en Europa en circunstancias bien concretas, las de unas democracias amenazadas, y en las que la defensa de la Constitución se planteó como un problema acuciante. Podría así decirse que en Europa la quiebra de la democracia ha actuado históricamente como un acicate para la incorporación y difusión de la justicia constitucional<sup>43</sup>. Mientras que, a la inversa, la ausencia de ésta en sistemas democráticos bien consolidados, no es un rasgo deficitario de los mismos, sino sencillamente indicio de una evolución hacia la democracia carente de sobresaltos.

En los últimos tiempos, el debate filosófico-político registra también algunas objeciones frente a la importancia cobrada por la justicia constitucional. Una muestra significativa es el influyente libro de Habermas, *Faktizität und Geltung*, cuyo Capítulo 6 versa sobre las relaciones entre la jurisdicción y la legislación y, más precisamente, sobre la “función y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”. Habermas parte de las ideas de Dworkin relativas a los derechos y la decisión judicial, que examina en el Capítulo 5 (“Indeterminación del Derecho y racionalidad de la jurisdicción”), confrontándolas con la posición de autores alemanes (Denninger, Maus y Böckenförde, sobre todo) y norteamericanos (Sunstein, Perry, Brest, Ackerman y Ely, entre otros). Si he comprendido bien el punto de vista de Habermas, éste resalta los riesgos que, para la certeza del derecho, se derivan del excesivo peso de una jurisprudencia

---

<sup>43</sup> Cfr. Francisco Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), pp. 9 y ss.; más recientemente, abunda en la misma idea Luis López Guerra en su “Introducción” a la selección jurisprudencial llevada a cabo por él, bajo el título *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE/CEPC, 1998.

“creadora” y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, según la lógica de la división de poderes, al legislador democrático<sup>44</sup>. Habermas simpatiza con las tesis preconizadas por Ely, contrarias al “paternalismo” del Tribunal Supremo, y defensoras de una función de éste meramente garantista/procedimental:

“El discurso jurídico - dice Habermas - puede disfrutar de una presunción de racionalidad relativamente alta, debido a que está especializado en cuestiones concernientes a la aplicación de las normas, y se beneficia además de una forma de institucionalización que resalta su condición de tercero imparcial entre las partes en causa. *Pero precisamente por ello el discurso jurídico no puede sustituir al discurso político, que es el que tiene que aportar su razón de ser a las normas y a los programas de acción, previo un debate en el que tengan oportunidad de intervenir todas las partes interesadas*”<sup>45</sup>.

Consecuente con esa reivindicación de lo político, Habermas se apoya en construcciones del alemán Denninger y del norteamericano Sunstein, para calificar como la más importante de las funciones de la justicia constitucional la de actuar como un **guardián de la democracia deliberativa**<sup>46</sup>. Del primer autor citado toma la idea de los “conceptos-clave del Derecho Constitucional”, es decir aquellos de los que se sirve habitualmente la jurisdicción constitucional, y que se corresponden con las

<sup>44</sup> Jürgen Habermas, *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, Guerini, 1996, p. 301.

<sup>45</sup> *Fatti e norme...*, p. 316. Abunda en ideas semejantes el reciente libro de Mark Tushnet, de expresivo título, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

<sup>46</sup> Categoría, como es sabido, central en el pensamiento de Habermas. En español, pueden verse recientemente sus escritos agrupados bajo el epígrafe “¿Qué significa política deliberativa?”, en Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, así como la excelente visión de conjunto sobre el pensamiento *habermasiano* de Fernando Vallespín, “Habermas en doce mil palabras”, *Claves de razón práctica*, 114 (2001), pp. 53 y ss.

transformaciones experimentadas por los derechos fundamentales en el Estado democrático: desde su condición de derechos subjetivos o de defensa frente al Estado, a su estatuto como principios objetivos del ordenamiento con proyección sobre el conjunto de éste<sup>47</sup>. Tales conceptos-clave, utilizados rutinariamente por la jurisdicción constitucional son, entre otros, el principio de proporcionalidad, el de razonabilidad, la recíproca limitación de los derechos y el juicio de ponderación, la unidad de la Constitución, etc.<sup>48</sup>.

De Sunstein, por su parte, toma Habermas una categoría próxima a la de los conceptos-clave, llamada por el autor norteamericano *background norms*. Se trata de una serie de principios inspiradores, que son propugnados como guía de conducta o, más bien, cánones de autocontención, que los Tribunales deberían seguir, con el fin de lograr el mayor consenso posible en materia de interpretación jurídica (y no sólo constitucional). Con tal propósito se enuncian una serie de postulados que ahora no voy a reproducir, pero que, en sustancia, se inspiran en el común objetivo de lograr que el debate político no salga de los cauces en los que debería desarrollarse y, subsidiariamente, en el de sugerir argumentos para el debate, garantizando, eso sí, una sustancial igualdad de oportunidades políticas para la defensa de las diferentes perspectivas<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. Peter Häberle, "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania", cit., pp. 149 y ss.

<sup>48</sup> Erhard Denninger, "Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe", en *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990; cfr. Habermas, *Fatti e norme...*, pp. 292 y ss. De entre la abundantísima bibliografía dedicada al análisis de tales conceptos, cabe destacar el excelente número monográfico (el 5, de 1998), que dedicó al principio de proporcionalidad la revista *Cuadernos de Derecho Público*; también, por lo que se refiere a la ponderación, la monografía (de engañoso título) de José María Rodríguez Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000. Y sobre el juicio de razonabilidad, Gino Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000.

<sup>49</sup> C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990, pp. 170 y ss.; cfr. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 299-301, y 328-329.

Con posterioridad a la aparición del libro de Habermas, el propio Sunstein ha expuesto su pensamiento al respecto, de manera más profunda y sistemática, en su brillante ensayo sobre las relaciones entre conflicto político y razonamiento jurídico<sup>50</sup>. La tesis básica del libro es que un sistema jurídico que funcione de modo mínimamente satisfactorio debe tener como objetivo generar estabilidad y consenso, en el contexto de elevadas dosis de desacuerdo político y pluralismo. A tal efecto, los Tribunales - y sobre todo aquellos con capacidad decisoria de carácter último - deben, al decir de Sunstein, operar por medio de lo que él llama (algo así como) “acuerdos teóricos no desarrollados exhaustivamente” (*Incompletely Theorized Arguments*). Tales argumentos permiten razonar desde un nivel de abstracción lo suficientemente elevado como para suscitar un acuerdo generalizado sobre las posiciones de principio, que podría romperse si la lógica argumentativa descendiera hasta las minucias de detalle del caso concreto. En diversos lugares de su libro, Sunstein insiste, por ello, en lo eficaz que resulta un “uso constructivo del silencio” por parte de los Tribunales, así como en el valor del razonamiento analógico para la resolución de los casos de Derecho Constitucional<sup>51</sup>.

Si se acepta la idea, por otra parte bien difícil de rechazar, de que un derecho por principios conlleva elevadas dosis de creación en el momento de ser interpretado, entonces lo que los autores citados (y con ellos Habermas) dicen es simplemente que el responsable de la interpretación necesita una justificación externa. Ahora bien, decidir cuál sea esa justificación y enunciar, sobre la base de ella, unos determinados

---

<sup>50</sup> C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

<sup>51</sup> *Legal Reasoning ...*, Capítulos II (“Incompletely Theorized Arguments”) y III (“Analogical Reasoning”). El recurso a los I.T.A., en el momento de la elaboración de la Constitución, viene desarrollado por el propio Sunstein en su trabajo “Constitutional Agreement Without Constitutional Theories”, *Ratio Juris*, 13 (2000), pp. 117 y ss. Sobre el uso de la analogía en Derecho Constitucional, cfr. también la obra de Victor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.



modelos de comportamiento, ya es cosa que entra en el terreno de la prescripción, por más que el pretexto de la misma sea uno de tanto fuste como la defensa del legislador democrático. En una dirección semejante, también Rawls otorga a la justicia constitucional nada menos que el estatuto de *paradigma de la razón pública* (“en un régimen constitucional con revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, la razón pública no es otra cosa que la razón de su Tribunal Supremo”), pero en un contexto de vigorosa defensa de la separación de poderes:

“La Constitución – añade Rawls algunas páginas más adelante - no es lo que el Tribunal dice que es, sino aquello que, sobre ella, le permiten decir quienes actúan de conformidad con la Constitución en las otras ramas del Gobierno”<sup>52</sup>

Bien están los *wishful thinkings*, estemos o no de acuerdo con ellos, pero lo cierto es que las dimensiones cobradas por la justicia constitucional otorgan al constitucionalismo de nuestros días un sesgo por completo inédito. La imagen *kelseniana* del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente *positiva* de criterios interpretativos de alcance general y vinculante (artículo 5 LOPJ, por lo que se refiere a España). Lo que ha cambiado, quizá, no es tanto la función de la justicia constitucional, que continúa siendo, como en el debate clásico, *defensiva* de la Constitución, como la manera (por así decir rutinaria) en que tal defensa se realiza, así como la transformación de lo que la misma exige.

Por decirlo más claramente: mientras que la imagen clásica del legislador negativo tiene como presupuesto la defensa de la norma fundamental frente a la ley, mediante un juicio abstracto de compatibilidad entre ambas normas *cerradas*, la visión contemporánea de la justicia constitucional presupone

<sup>52</sup> J. Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 231 y 237 y, en general, *Lecture VI* (“*The Idea of Public Reason*”).

una Constitución *abierta*, unos enunciados que no se prestan a formas silogísticas de enjuiciamiento, y un orden constitucional que se va creando y recreando mediante la actuación conforme a aquélla de los ciudadanos y de los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional.

Las tensiones entre el legislador y la jurisdicción constitucional se convierten así en un componente inevitable de nuestras democracias, un fenómeno inherente a las mismas y frente al cual, como se ha dicho, la marcha atrás parece imposible<sup>53</sup>. Con el fin de mantener dicha tensión dentro de márgenes que no hagan de ella un mal endémico o una rémora insostenible para el funcionamiento del sistema - cosa que, por el momento, no se ve que esté en trance de ocurrir en ningún lado, pese a las protestas y denuncias de usurpación llevadas a cabo por algunos destacados *originalistas* norteamericanos<sup>54</sup> - se han sugerido medidas “de ingeniería constitucional” dirigidas a instaurar mecanismos de cooperación entre las dos instituciones. Presupuesto para la adopción de las mismas, es “abandonar viejos tabúes por ambas partes, como la crítica *per se* a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador, o la creencia de los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras”<sup>55</sup>.

Y desde un plano más teórico, esta especie de “Constitución de los controladores”, que hoy tenemos, puede ser contemplada desde perspectivas opuestas: bien como una regresión antide-mocrática, en el sentido de que esconde la *politicidad* radical de decisiones colectivas básicas bajo el manto de un tecnicismo

<sup>53</sup> Cfr. las “Conclusiones generales”, a cargo de Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, a la obra colectiva, coordinada por el primero, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

<sup>54</sup> Me refiero, sobre todo, a Robert Bork y a su irritada obra, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, cit. nota 162, especialmente Cpt.18 (“Effects for the Future”).

<sup>55</sup> Aja y González, “Conclusiones Generales”, cit. Con referencia a Italia, pueden verse consideraciones semejantes en el libro de Enzo Cheli, *Il Giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 64 y ss.

constitucional cuyos entresijos sólo unos pocos están en disposición de conocer, o bien como el perfeccionamiento y culminación de la aspiración garantizadora/limitadora que siempre alumbró al constitucionalismo<sup>56</sup>

De lo que no cabe duda es de que el panorama “dieciochesco” de frenos y contrapesos, de cuyo correcto engranaje en la maquinaria constitucional se esperaba todo para la salvaguarda de la libertad, se ha hecho más complejo. Para unos, la *virtud* del Poder Judicial, en un contexto en que *todo y todos somos justiciables*, se ha convertido en la depositaria natural de tal esperanza<sup>57</sup>. Otros reproducen la “obsesión trinitaria”, y explican el nuevo estado de cosas hablando de un equilibrio inestable y polimorfo entre tres polos: el de la tecnoburocra-cia, el de las instituciones democrático-representativas y el del *Estado ético de los controladores*<sup>58</sup>. Y otros, en fin, con acusado optimismo, recurren a la imagen de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, sin *numerus clausus* de ellos, en claro decantamiento, entre las alternativas antes enunciadas, favorable al reforzamiento del constitucionalismo<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Claramente decantado por el primer polo de la alternativa se muestra Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., mientras que un representante señero de la segunda opción es Bruce Ackerman, cuya teoría constitucional de la democracia dualista, con los “momentos constitucionales” y los de la “política normal”, va acompañada de la reivindicación entusiasta del juicio de constitucionalidad, que “*aparece en escena para cumplir la promesa de lo político, no para acabar con ella*”; cfr. en general, sus ensayos agrupados bajo el título *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999 y, especialmente, el titulado “El argumento político a favor de los tribunales constitucionales” (pp. 145 y ss.), del que he tomado la frase que resalto en negrilla.

<sup>57</sup> Cfr. M. Troper, *Pour une Théorie juridique de l'État*, cit., y especialmente Cpt. XIII (“Le concept de constitutionalisme et la théorie moderne du droit”). La expresión *todo y todos somos justiciables* es de A. Garapon, *Le gardien des promesses*, París, Odile Jacob, 1996, p. 21; para la cuestión, es muy útil el trabajo de Guarnieri y Pederzoli *La democrazia giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997.

<sup>58</sup> Cfr. Pier Paolo Portinaro, “Dal custode della Costituzione alla Costituzione dei custodi”, en Gustavo Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997, pp. 401 y ss.

<sup>59</sup> La referencia *canónica* es, naturalmente, Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la

La *popperiana* búsqueda de la verdad, a través de un proceso racional, discursivo y dialéctico, con resultados siempre aproximativos y provisionales se ha convertido en un tópico por el que la ciencia del Derecho Constitucional muestra cada vez más interés<sup>60</sup>. Quizá a ella, como al Derecho en general, siempre que éste sea concebido como público intercambio de razones, sostenido por un consenso social, y dirigido al logro de una convivencia pacífica, le cuadra al dedillo la bella imagen de la *tela tejida de conjeturas*. Con ella concluía el filósofo griego Jenófanes, 500 años antes de Cristo, unos versos dirigidos a demostrar que aquello que denominamos conocimiento no es sino conjetura y opinión, *doxa*, no *episteme*:

“Los dioses no nos revelaron, desde el principio,  
todas las cosas a los humanos; pero en el curso del tiempo,  
podemos aprender indagando, y conocer mejor las cosas.  
Por lo que respecta a la verdad certera, nadie la conoce,  
ni la conocerá; ni acerca de los dioses,  
ni tampoco de todas las cosas de las que hablo.  
E incluso si por azar alguien llegase a expresar  
la verdad perfecta, lo desconocería:  
pues todo no es más que una tela tejida de conjeturas”<sup>61</sup>.

La cita que antecede cumple perfectamente, entre los varios posibles, el cometido de ser un cómodo refugio *científico*, construido además bajo el amparo no de una, sino de dos

---

Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996, pp. 15 y ss., especialmente p. 31: “Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales ‘gremiales’, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes ‘no gremiales’ en el proceso de la interpretación constitucional.”

<sup>60</sup> Amplias referencias en Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit, Capt. III (“Verità, etica pubblica e Costituzione”).

<sup>61</sup> Cit. en Karl Popper, “Acerca de las llamadas fuentes del conocimiento”, en la recopilación de ensayos de dicho autor agrupados bajo el título *En búsqueda de un mundo mejor*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 71.

autoridades (y una de ellas nada menos que presocrática)<sup>62</sup>. Con ella se siente uno inducido a concluir un recorrido en el que nos hemos demorado, quizá, más de lo conveniente. Pero dejaríamos un llamativo cabo suelto si termináramos aquí, sin haber expuesto antes nuestro punto de vista con relación a lo que hemos llamado, al comienzo del subepígrafe, *el problema* por antonomasia del Derecho Constitucional de nuestros días, es decir, el de cuál sea el método más apropiado para la interpretación de la Constitución.

De la yuxtaposición de ideas, quizá trilladas, y citas de autoridad con las que hemos llenado las anteriores páginas, creo que pueden inferirse cuáles son las inclinaciones metodológicas del autor de ellas. No en vano se ha parafraseado alguna vez en nuestro campo el conocido dicitio “dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes”<sup>63</sup>; algo que podría también ser enunciado a la inversa o, incluso, ser transformado en “dime tu concepto de Constitución y te diré lo que opinas en materia de métodos interpretativos”. Pero, por si fuera preciso ser más explícito, procedo, al estilo forense, y en trámite de conclusiones provisionales, a mostrar mi particular *tela de conjeturas* al respecto.

Tengo para mí que a la interpretación de la Constitución le cuadran bien las observaciones de Isaiah Berlin sobre los límites de la teoría en las cuestiones políticas. La desconfianza hacia los intelectuales en el ámbito de la política, dice Berlin, “surge de la creencia, no del todo falsa, de que, debido al deseo de ver la vida de alguna manera simple, simétrica, ponen demasiada esperanza en los resultados beneficiosos derivados de aplicar directamente a la vida conclusiones obtenidas mediante

---

<sup>62</sup> Cfr. G.W. Bowersock, “The Art of the Footnote”, *The American Scholar*, 52-53 (1983/84), pp. 54 y ss. y, desde la perspectiva de artículos jurídicos, A.Austin, “Footnotes as Product Differentiation”, *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987), pp. 1131 y ss.

<sup>63</sup> W. Kaegi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147, cit. en García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981, p. 163.

operaciones en una esfera teórica”. Y la consecuencia de ello, añade, “es que si los hechos - es decir, el comportamiento de seres humanos vivos - son reacios a tal experimento, el experimentador se molesta, e intenta cambiar los hechos para adecuarse a la teoría, lo que en la práctica significa una especie de vivisección de las sociedades hasta que se conviertan en lo que la teoría originariamente declaraba que el experimento les debería haber convertido”<sup>64</sup>.

Cámbiese “intelectuales” por “constitucionalistas”, y “hechos” por “sentencias”, y se tendrá una visión certera acerca de las razones de una transposición y, sobre todo, de un escepticismo que hoy comparten muchos autores. Al fin y al cabo, como ya observara Radbruch, la acumulación de investigaciones sobre el método jurídico viene a ser casi siempre indicio de una ciencia carente de salud<sup>65</sup>. De ahí que se nos antojen muy acertadas afirmaciones del tipo “el método se hace, no se dice”, o bien “del hecho (*ex scripto*) nace el método (*ratio scientia iuris*)”. Dicho con otras palabras: lo interesante no es la ortodoxia interpretativa abstracta e *ideal*, sino la concreta (y operativa) *orto-praxis* constatada. El estudio del método sólo puede ser así un estudio sobre algunas constantes de la praxis<sup>66</sup>.

En esa línea, un trabajo pionero, centrado en el Derecho privado, pero convertido en obra de referencia, descalifica en sus páginas iniciales los empeños teóricos construidos *more geometrico*: “toda teoría que, renunciando a investigar el fenómeno

<sup>64</sup> Isaiah Berlin, “El juicio político”, en *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 94-95.

<sup>65</sup> G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto*, Turín, Giappichelli, 1961, p. 360. La cita completa es como sigue: “Las investigaciones relativas al método se acumulan. Del mismo modo que los hombres que se atormentan con la autoobservación son, por lo general, hombres enfermos, así ocurre también con las ciencias que tienen motivos para preocuparse por el método; el hombre sano y la ciencia sana no acostumbran a indagar demasiado sobre sí mismos”.

<sup>66</sup> Cfr. A. Spadaro, “Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo ‘relazionista’ nel diritto costituzionale)”, en VV.AA., *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 157 y ss.

mismo, hace declaraciones autoritarias e inmediatas sobre su naturaleza y contenido, debe quedar científicamente descalificada, cualesquiera que sean los intereses especulativos que en ello jueguen<sup>67</sup>. La lectura del libro de Esser es muy recomendable para darse cuenta de que el constitucionalismo de nuestros días, al menos por lo que a la interpretación respecta, poca cosa puede descubrir que no sea un “mediterráneo”. Especialmente el Capítulo V (“Importancia de los principios constitucionales positivos para la creación jurisprudencial”) explica con agudeza los ingredientes de libertad y vinculación que concurren en cualquier aplicación jurisprudencial del Derecho y paradigmáticamente del Derecho Constitucional. Esser toma como ejemplo el principio de igualdad, comparando la posición del juez con la de un observador que, desde la “ventana” de la norma, dirige su mirada hacia los valores sociales admitidos, y hacia el proceso de sedimentación de los mismos “en una conciencia cultural que se apoya en la tradición, pero sujeta a un proceso de renovación constante”. De dicha conciencia cultural forma parte la conciencia jurídica, que agrupa, a su vez, la doctrina y el cuerpo de precedentes jurisprudenciales, cuyo decurso evolutivo por la vía de una argumentación sin cortes bruscos ni saltos en el vacío, es la mejor garantía contra cualquier tentación de *libre recherche* por parte del juez<sup>68</sup>.

Consideraciones semejantes en torno a la *pervasive authority* del precedente pueden hallarse también en la obra (más actual que la de Esser) de Orrù, dedicada al derecho jurisprudencial. El autor denuncia las vindicaciones de “retorno al método jurídico” (*zurück zur juristischen Methode*) como nostálgicas e impracticables. Lo que se necesita, según él, es no sustraer al control crítico y a la verificación de la discusión pública las opciones valorativas del juez:

---

<sup>67</sup> Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 17.

<sup>68</sup> Esser, *Principio y norma...*, pp. 104-108.

“La legitimidad democrática de las valoraciones realizadas por el juez dependen de la transparencia de sus opciones axiológicas, porque cuando las mismas no son explícitas no pueden ser criticadas ni sometidas siquiera a verificación pública”<sup>69</sup>.

Si la interpretación supone al propio tiempo un acto de creación jurídica no predeterminado por la norma en todos sus extremos, como afirmaba ya prudentemente la Teoría Pura del Derecho, entonces el acto de voluntad del juez - ordinario o constitucional - tiene que cuajar en una decisión responsable. La *responsiveness* de la decisión judicial es la que permite paliar el llamado *déficit de legitimidad* de la jurisdicción en el Estado democrático. En el caso del juez ordinario, porque el eslabón que le une a la soberanía popular mediante la sumisión a la ley es un eslabón quebradizo, como bien lo acredita, con manifiesto realismo, la sujeción adicional del juez a las pautas interpretativas de la justicia constitucional, establecida en nuestra LOPJ<sup>70</sup>. Y en el caso del juez constitucional, con más motivo, porque al decidir *se apodera de la Constitución*, por lo menos provisoriamente, en la medida en que a él le corresponde establecer, con carácter vinculante, y sin ulterior recurso, el significado de la misma.

Según una opinión muy difundida, lo que distingue la decisión política de la decisión judicial es precisamente su diferente modo de justificación y argumentación: desde los objetivos que persigue, la primera; desde la sumisión a una norma previa y la explicitación de la regla utilizada para aplicarla, la segunda<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Giovanni Orrù, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 17 y, en general, Cpt. III (“*Richterrecht e problematica costituzionale*”).

<sup>70</sup> Cfr., *in extenso*, la reciente recopilación de trabajos de Luis López Guerra, agrupados bajo el título *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2001, y especialmente el Cpt. II (“La legitimidad democrática del juez”).

<sup>71</sup> Creo que un criterio semejante es el propuesto por Martin Kriele, aunque mi particular conocimiento del mismo procede de Ignacio de Otto, que lo utilizó en bastantes de sus



Todo ello es sobradamente conocido. Si lo recordamos, es simplemente para destacar la importancia cobrada en las teorías de la interpretación de nuestros días (lo que es tanto como decir en la actual teoría constitucional) por la racionalidad hermenéutica de la decisión y por la disposición hacia la crítica de los autores de ella.

La gran aporía de las doctrinas *postpositivistas* de la interpretación constitucional es que cuanto más complejas y detalladas se hacen, llevadas por el deseo de vincular la labor del juez, más ensanchan la discrecionalidad por cuyos márgenes puede moverse cómodamente el intérprete. Bien saben esto los autores de *repertorios* de principios para la interpretación constitucional, quienes acostumbran a establecer ciertas reservas sobre la utilidad de los mismos. Así ocurre en el trabajo de Hesse sobre la interpretación constitucional, publicado en 1966 como Capítulo II de sus *Grunzüge*, en el que la admirable precisión con la que es descrita la labor de concreción constitucional, culmina (párrafo nº 76) con unas consideraciones sobre lo aproximativo del empeño:

“Cierto que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho Constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad *posible*, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente. La ‘corrección’ de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de concretización de las normas constitucionales no tiene, por ello, el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la Naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos

---

escritos; cfr., por ejemplo, “La sujeción del juez al ordenamiento jurídico”, en *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 66 y ss.

motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada”<sup>72</sup>.

También Böckenförde, en un Estudio expuesto por vez primera en 1975, y que lleva el significativo título “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, finaliza su recorrido con la (decepcionante) conclusión de que “todos los métodos interpretativos producen como resultado, en definitiva (...), la degradación de la normatividad de la Constitución”<sup>73</sup>. Una consecuencia, desde luego, indeseable y que procede, según el autor germano, de un error en el punto de mira. Más que depuraciones metodológicas, lo que se precisa es asentar cierto *consenso argumentativo*, cimentado sobre un concepto de Constitución y sobre una teoría constitucional capaces de “consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación”. En ese sentido, se pregunta el autor germano si la pretensión indiscriminada de vigencia normativa de todas y cada una de las partes de la Constitución (consecuencia de la atribución a la misma de lo que él llama *la función de ley*), no debería dejar paso a la idea de *ordenamiento marco* - una idea, por cierto, a la que nuestro TC se ha mostrado bien adepto - y a la distinción entre diferentes ámbitos de regulación de la norma constitucional.

Asímismo plantea Böckenförde - y esto es lo que más nos interesa - si no habrá llegado la hora de extraer las consecuencias pertinentes del doble carácter del Tribunal Constitucional, como intérprete cuya labor es medible a la luz de la hermenéutica judicial, y como órgano constitucional. Desde este último punto de vista, la determinación de los cometidos de la jurisdicción constitucional hay que buscarla en “*la competencia*

<sup>72</sup> Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 51.

<sup>73</sup> E.W.Böckenförde, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

*atribuida y en su inserción en el orden de competencias articulante de poderes de la Constitución”* (subrayado de E.B.)<sup>74</sup>.

El argumento de Bökenförde es quizá un poco confuso, sobre todo expuesto así en forma mutilada y fragmentaria, pero creo que acierta a resaltar el punto crucial de la cuestión. La mejor garantía de que la interpretación de la Constitución realizada con carácter determinante por el intérprete último no será la burda imposición de la voluntad de unos cuantos jueces con intereses inconfesables, sino el resultado de una operación realizada con arreglo a una técnica jurídica generalmente aceptada, es una de tipo estructural. O, mejor dicho, no una, sino varias razones de tipo estructural.

En el orden interno, es decir en el proceso decisorio, la argumentación del juez constitucional sustituye la *condición restrictiva* de la vinculación a la ley, presente en la argumentación del juez ordinario, por la vinculación a una norma, la Constitución, plagada de disposiciones abstractas, abiertas y con intensa carga ideológica. Pero su argumentación comparte con la del juez ordinario otras condiciones restrictivas, como son la vinculación al precedente y a la dogmática. Especialmente el precedente, como ya lo hemos dicho a propósito de la tesis de Esser, tiene una fuerza general que resulta de dos reglas áureas:

(1) Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.

(2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación<sup>75</sup>.

El voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo en la STC 222/92 (*caso subrogación arrendaticia mortis causa en*

---

<sup>74</sup> “Los métodos de la interpretación constitucional...”, pp. 40-42.

<sup>75</sup> Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 339, en auto-cita del propio Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537. Cfr. también las consideraciones, muy parecidas, de Sunstein (“Much of the discipline on judges comes not from constitutional text and history, but from past cases ...”), *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit., pp. 180 y ss.

*uniones de hecho*), un voto del que se ha dicho que es “una de las páginas de Derecho Constitucional más lúcidas que se han escrito en este país durante los últimos años”<sup>76</sup>, se centra precisamente en la supuesta vulneración de la segunda de dichas reglas por parte de la mayoría del Tribunal:

“No se trata, claro está, de ‘sacralizar’ el respeto a la jurisprudencia constitucional, de modo que resulte imposible su cambio o modificación. Ello conduciría a una petrificación, a todas luces indeseable, de nuestra interpretación constitucional. Es, pues, no sólo legítima, sino también saludable, una evolución progresiva en la interpretación constitucional. Pero ello debe hacerse, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, *siempre de manera explícita y razonada*, (...) para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que a este Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata”.

Se dirá que el *consenso argumentativo*, reclamado por Böckenförde en su artículo sobre los métodos de interpretación, fue vulnerado en el caso recién aducido. Pero ahí está el voto particular para establecer la crítica, y ahí está la doctrina, libre de las restricciones consustanciales a la decisión judicial, para airear la denuncia y reclamar contención. La justicia constitucional es siempre justicia que se administra de forma colegiada y siguiendo reglas estrictas de formación de voluntad, que pueden ser, por sí solas, una garantía de “elección racional”. A falta de trabajos que profundicen en ese aspecto de la cuestión, al estilo norteamericano<sup>77</sup>, lo que sí es seguro es que no hay decisión de

<sup>76</sup> Ángel Garrorena, en la “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), p. 43.

<sup>77</sup> Vienen de inmediato a la cabeza al menos dos obras, la clásica de Woodward y Armstrong, *The Brethren*, Nueva York, Simon & Schuster, 1979, que cubre el período 1969-1976, y la más reciente, de David Savage, *Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1992; por no hablar de la serie de obras publicadas a raíz de

la justicia constitucional que no sea “mirada con lupa” por los teóricos y por los demás operadores jurídicos.

El conjunto de reglas, institucionalizadas o no, en materia de argumentación, actuantes en el proceso de aplicación del Derecho, forma parte, según Alexy, de un modelo de sistema jurídico articulado en tres niveles: uno, el de las reglas; un segundo, el de los principios; y un tercero, el del procedimiento:

“Lo que hasta ahora se ha descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y de los principios (...). En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad”<sup>78</sup>.

De la misma forma que su *Teoría de los derechos fundamentales* nos recuerda que la Constitución no contiene sólo principios de índole material, sino también principios procedimentales (por ejemplo, entre otros muchos, el que dispone que es al legislador democrático a quien corresponde adoptar las decisiones más importantes para la comunidad)<sup>79</sup>, Alexy entiende aquí que un sistema jurídico atrapado por la disyuntiva “modelo de reglas” *versus* “modelo de principios” (¿legalismo *versus* constitucionalismo?), sólo puede salir de semejante

---

la decisión del Tribunal Supremo en el asunto del recuento de los votos de Florida durante las últimas presidenciales, por ejemplo la de Alan Dershowitz, *Supreme Injustice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, o la editada por C. Sunstein y R. Epstein, *The Vote: Bush, Gore and the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 2001. En 2001 vio además la luz la monumental *The Supreme Court in Conference (1940-1985): the Private Discussions behind nearly 300 Supreme Court Decisions*, Nueva York, Oxford University Press.

<sup>78</sup> Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 173.

<sup>79</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 133.

trampa mortal, supliendo las carencias de uno y otro modelo mediante la contribución del “tercer nivel” del sistema jurídico, el de la *racionalidad práctica procedimental*:

“Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello - dicho con otra terminología - de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del derecho legislado ordinario. En el modelo de tres niveles se convierte en un problema de la ponderación entre el principio formal de la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente y los principios materiales de la Constitución. Los resultados de esta ponderación, al igual que de otras ponderaciones, son fundamentables racionalmente”<sup>80</sup>.

Sobre la base de tales afirmaciones, no creo que sea exagerado decir que si el núcleo de la teoría constitucional de nuestros días es la interpretación de la Constitución, el núcleo de la interpretación de la Constitución no es otro que el del deslinde de atribuciones respectivas, en el desempeño de tal cometido, entre el legislador democrático y el juez constitucional.

Pero con ello volvemos al punto del que partíamos al inicio del epígrafe, a propósito de las observaciones de Habermas contra *la invasión* de la justicia constitucional. Permítasenos añadir ahora un par de consideraciones a modo de epílogo.

Una tradición jacobina y varias décadas de positivismo legalista dificultan en Europa algo que en los Estados Unidos se contempla con toda naturalidad. Me refiero a las resistencias que aquí levanta todavía la idea de que el juez, cualquier juez, desempeña una función política; tanto más si su cometido es interpretar la Constitución, en el seno de un Tribunal cualificado

<sup>80</sup> Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica”, pp. 176-177.

como supremo intérprete de ella y que, en su condición de órgano constitucional, forma parte (como dirían los norteamericanos) de una *society's governing coalition*. Entre los miembros de dicha *coalición gobernante*, por otro nombre “poderes del Estado”, resulta consustancial a la lógica del Estado Constitucional que se produzca cierta tensión. Al fin y al cabo, si hay dos conceptos claves en el funcionamiento de tal tipo de Estado, uno de ellos es el de derechos fundamentales, pero el otro, como bien ha resaltado Aragón Reyes, es el de control, y un control deja de serlo genuinamente cuando el controlador (o quien actúa como tal, pues las funciones pueden ser intercambiables) hace de la condescendencia su guía de conducta. Otra cosa es que dicha tensión desemboque en un conflicto irresoluble y susceptible de causar, por su persistencia, un bloqueo institucional. Pero de ello la historia, al menos en un contexto democrático, ofrece contadísimos ejemplos<sup>81</sup>.

A partir de un argumento tan cargado de *naïveté*, quizá resulte más sencillo admitir que el legislador y el Tribunal Constitucional comparten un mismo “ámbito de diálogo”, en el seno del cual cada uno conserva una capacidad de reacción que excluye monopolios de la última palabra. La labor de la justicia constitucional al enjuiciar el producto de la voluntad del legislador se parece así cada vez más a un “diálogo no coercitivo” que a menudo sugiere, más que impone, unos caminos en vez de otros, en aras de la supremacía de la Constitución<sup>82</sup>. “Nadie

---

<sup>81</sup> Remito al clásico trabajo de Robert Dahl, “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *The Journal of Public Law*, 6 (1957), pp. 279 y ss., donde se demuestra la sintonía esencial, comprobable a la larga, entre los puntos de vista del Congreso y los del Tribunal Supremo. Cuando hago la salvedad del contexto democrático, estoy pensando en el caso del Perú, donde el conflicto entre el presidente Fujimori y el Tribunal Constitucional, a propósito del cómputo de los mandatos presidenciales a efectos de reelección, se resolvió, de la manera más grotesca, con la destitución de varios magistrados.

<sup>82</sup> Tal es el argumento, a veces un poco forzado, que desarrolla Robert Burt en su trabajo “Constitutional Law and the Teaching of Parables”, *Yale Law Journal*, 93 (1984), pp. 455 y ss. Burt toma como paradigma el diálogo entre el Tribunal Supremo, el Congreso y la opinión pública a que dio lugar la decisión del caso *Brown v. Board of Education*. En la misma idea del diálogo entre el Tribunal y el Congreso insisten diferentes trabajos de Ferejohn y Weingast,

como el poder judicial - escribe Laurence Tribe, expresando la misma idea - se halla capacitado para, y tiene el compromiso de, desarrollar un discurso constitucional capaz de justificar y aportar razones que sustenten su opinión sobre el comportamiento de los otros poderes, mediante un diálogo con quienes leen la misma Constitución, aun cuando el punto de vista de unos y de otros pueda ser distinto”<sup>83</sup>.

Quien conceda crédito (por decirlo con Bickel) a las “virtudes pasivas” de la justicia constitucional, no verá, en definitiva, que el manido rasgo contramayoritario de ella plantee “dificultad” alguna<sup>84</sup>; y como consecuencia de ello, la afanosa búsqueda del único método interpretativo respetuoso con las esencias democráticas, fuente de tantas polémicas, pierde buena parte de sentido.

Por más que dicha postura pueda ser tildada de abandonista, parece estar abriéndose paso la idea de que el Derecho Constitucional *se ha troceado* en zonas normativas que exigen un tratamiento diferenciado; o, lo que viene a ser lo mismo, está emergiendo la convicción de que las grandes teorías omnicomprendivas sobre interpretación de la Constitución (teorías prescriptivas de una ortodoxia que a menudo tienen mucho de pie forzado) son incapaces de dar cuenta de una realidad constitucional *poliédrica*, en la que los hechos - léase las decisiones de los intérpretes - “hablan por sí solos”<sup>85</sup>.

Analizando un fenómeno de esa naturaleza, Mark Tushnet defiende la opinión de que las “grandes teorías” interpretativas

---

una reseña de los cuales, a cargo de Pablo Salvador Coderch, puede verse en el *Anuario de Derecho Civil*, XLV (1992), pp. 1591 y ss.

<sup>83</sup> Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, The Foundation Press, 1988, p. 15, y del mismo autor, junto con M. Dorf, *in extenso*, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 32 y ss.

<sup>84</sup> Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, Cpt. IV.

<sup>85</sup> Cfr. la intervención de Cesare Pinelli, recogida en el libro *Il metodo nella Scienza del Diritto Costituzionale*, cit., pp. 110 a 113. El autor recurre a la imagen de un glaciar que se disuelve en ríos distintos para ilustrar la fragmentación metodológica experimentada por el Derecho Constitucional.



de la doctrina norteamericana tan sólo sirven si uno acepta no sobrepasar los confines propuestos, a modo de petición de principio, por cada una de ellas. Además, el mismo autor constata que lo que vale para cuestiones de libertad de expresión - digamos las teorías de Ely sobre apertura de los *canales de participación y refuerzo de la representación* - generalmente resulta inútil en otras “áreas”, por ejemplo, en materia de privacidad, discriminación por razón de sexo o justicia penal, donde se exigen buenas dosis de filosofía moral, al estilo Dworkin, o de originalismo, constatación que también vale a la inversa<sup>86</sup>. La conclusión del libro de Tushnet, tras más de 300 páginas de análisis minucioso, no puede ser más desalentadora:

“La tradición liberal hace de la teoría constitucional algo al mismo tiempo necesario e imposible. Necesario porque aporta el tipo de limitaciones que tal tradición prescribe para quienes mandan, ya sean legisladores o jueces. Pero imposible, porque no hay teoría constitucional capaz de satisfacer simultáneamente el doble objetivo de marcar límites a la actividad del legislador y a la del juez. Cuanto más limitaciones propugnemos para los jueces, más libre de ellas dejaremos al legislador; y cuanto más limitemos al legislador, más libertad dejaremos a los jueces para hacer lo que ellos quieran”<sup>87</sup>.

Menos mal que la teoría constitucional siempre podrá extraer de la chistera el socorrido recurso de la autocontención judicial, algo que no justifica, desde luego, las alforjas empleadas para el viaje.

La *judicial self-restraint* viene a ser el equivalente doctinal de la candorosa estipulación constitucional que prescribía el ser justos y benéficos. Aunque su linaje no es tan antiguo como el de dicha estipulación, tampoco es desdeñable; procede, al parecer, del voto particular firmado en 1936 por el juez Stone

<sup>86</sup> Mark Tushnet, *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, Cpt V (“Intuitionism and Little Theory”).

<sup>87</sup> *Red, White and Blue...*, p. 313.

en *Butler v. United States*, un caso hoy célebre por haber sido el detonante de la “guerra” entre el Tribunal y el presidente Roosevelt, a propósito del *New Deal*. Disconforme con la declaración de inconstitucionalidad de la *Agricultural Adjustment Act*, el juez Stone dejó escrito, en frase que ha hecho fortuna, que “*the only check upon our exercise of power is our own sense of self-restraint*”<sup>88</sup>. En 1924, un trabajo dedicado a la *Judicial Self-Limitation* sostenía ya que los jueces deberían abstenerse de dar opinión en los asuntos políticos particularmente espinosos (*prickly issues*) o candentes (*politically hot*), así como en aquellos que afectaran al *hipersensitive nerve of public opinion*<sup>89</sup>.

Se trata, como se ve, de formulaciones prescriptivas que poco añaden a lo que ya se infiere del principio estructural de la división de poderes, en lo que tiene de reserva en exclusiva de un núcleo intocable de funciones para cada uno de ellos. Si de prescribir se trata, no se ve la causa por la que la virtud de la contención y el *fair play* no deba preconizarse también con respecto a los titulares de los órganos político-representativos. Por ejemplo para evitar que, como ha sucedido entre nosotros varias veces, la dinámica del Estado de partidos produzca el efecto de bloquear *contra legem*, y más allá de todo plazo razonable, la renovación del Tribunal Constitucional.

Como escribió Cappelletti en su clásico trabajo sobre los jueces-legisladores, el buen juez no es el juez *contenido*, sino aquel que, consciente de la grandeza y de las debilidades de la función que desempeña, es capaz de discernir si las circunstancias del caso aconsejan ser cauteloso o audaz, desplegando, en consecuencia, de manera convincente, los argumentos jurídicos que procedan<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> *Butler v. U.S.*, 297 U.S., 1, 34; para el contexto del caso, cfr. Laurence Tribe, *God Save this Honorable Court. How the Choices of Supreme Court Justices Shapes our History*, Nueva York, Penguin, 1986, pp. 80-82.

<sup>89</sup> M. Finkelstein, “Judicial Self-Limitation”, *Harvard Law Review*, 338 (1924), pp. 344 y ss.

<sup>90</sup> Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 82

Bien sé que anular disposiciones de una ley - no *una ley*, como se suele decir siempre, y muy raras veces, que yo sepa, ocurre - no es cuestión baladí. También soy consciente de que el carácter de la Constitución como norma-marco conlleva exigencias muy concretas dirigidas a salvaguardar el producto de la *voluntas legislatoris*. Por lo demás, nadie como el ex-presidente del Tribunal, Tomás y Valiente, supo defender con tanto énfasis, en decisiones por él firmadas como juez constitucional, y en exposiciones públicas, el valor de la autocontención<sup>91</sup>. Pero lo que no logra convencerme es el intento de elevar la *self-restraint* de la jurisdicción constitucional a la condición de principio o criterio marco para la interpretación constitucional.

Dicho intento aparece en un trabajo de Antonio Troncoso, titulado “Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”. Aunque no ha lugar a reproducir aquí en todos sus extremos una controversia que viene facilitada por nuestro trato asiduo como miembros del mismo claustro universitario, la tesis básica de dicho trabajo es que la eficacia jurídica del principio democrático exige autocontención judicial en la interpretación de las cláusulas generales cuando de los procedimientos de control de constitucionalidad se trata. La deferencia con el legislador debería ser así, a juicio de Troncoso, la *suprema lex* del juez constitucional, a menos que se encontrara ante un supuesto de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y el texto enjuiciado, o bien cuando el parámetro de juicio no fuera una cláusula general, sino una cláusula cerrada o, con otros términos, una *regla constitucional*<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Ejemplo de lo primero puede ser su voto particular a la STC 53/1985 (*caso despenalización del aborto*), y de lo segundo muchos de sus artículos y conferencias; como muestra puede verse el titulado “Juzgar, arbitrar, legislar”, recogido en *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 25 y ss., donde Tomás y Valiente deja constancia de que la autorrestricción “ha sido y es preocupación constante (del Tribunal), posibles errores al margen”.

<sup>92</sup> Antonio Troncoso, “Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”, recogido en Eduardo Espín y Francisco J. Díaz Reborio (eds.), *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 399 y ss.

Dejando de lado la dificultad (reconocida por el propio Troncoso) que entraña distinguir entre cláusulas abiertas y cerradas, y al margen de que es poco probable que se dé una contradicción *manifiesta* entre Constitución y ley, el problema es, una vez más, el del punto de partida. Lo que explica el resurgimiento y la generalización en nuestros días de la (llamada) “jurisdicción de la libertad” no es el “miedo al principio democrático”, evocado por mi colega apelando a los tiempos de la revolución norteamericana, sino precisamente la desconfianza en el legislador.

Desde tal presupuesto se comprenden mejor las cautelas de la propia Constitución en materia de garantía de los derechos, cautelas que lo son *frente* al legislador: exigencia de mayoría cualificada en la reserva de ley orgánica y garantía del contenido esencial de los derechos. No hay un “núcleo menor” de contenido esencial frente al legislador y otro más exigente frente a la actividad de la Administración o la de los jueces ordinarios. El contenido esencial es uno, y es uno frente al legislador, quien encuentra precisamente ahí el límite infranqueable al contenido *legal* por él estatuido. Y a quien corresponde razonar si tal límite ha sido o no respetado, es al Tribunal Constitucional.

En último extremo se trata no de una cuestión de *conceptos*, sino de *concepciones*. La cualidad, y la calidad, democrática no es hoy mensurable según el simple criterio del “respeto a la voluntad de la mayoría”, sino con arreglo a los cánones “respeto de las minorías” y, sobre todo, “garantías de los derechos”. Entre otras cosas, porque lo primero es retórica huera si falta lo segundo. La voluntad de la mayoría se forma sobre la base de la celebración periódica, y con las debidas garantías, de elecciones libres y competitivas. De ellas surge un legislador plural, tanto más plural cuanto más genuinamente *política* sea la división territorial del poder. La idea de *una voluntad unívoca del legislador* contrapuesta a la de unos *jueces que nadie ha elegido* resulta, en definitiva, tan burda y simplista como la del *legislador proclive a vulnerar los derechos*, vigilado y contenido por los *guardianes de la Constitución*.

Si, como la historia enseña, el constitucionalismo y la democracia han tendido a presentarse en relación conflictiva, los componentes de uno y de otro confluyen hoy en un mismo ámbito conceptual cada vez más riguroso y exigente. De cara al futuro, la universalización de lo que el constitucionalismo implica, y la generalización y profundización de lo que la democracia demanda, deberían ser, en tanto que ideales por todos compartidos, la suprema guía de conducta.



## **La sexta ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental –ECDSA– en Iberoamérica: reconstitucionalización y pluralismo tridimensional**

*The sixth wave (or era of the democratic, social and environmental constitutional state -ECDSA-) in Latin America: reconstitutionalization and three-dimensional pluralism*

*A sexta onda ou época do Estado constitucional democrático, social e ambiental - ECDSA - na Ibero-América: reconstitucionalização e pluralismo tridimensional*

*La sixième vague ou ère de l'État constitutionnel démocratique, social et environnemental –ECDSA– en Ibero-Amérique: reconstitutionnalisation et pluralisme tridimensionnel*

伊比利亚美洲民主, 社会和环境宪法制国家的第六次浪潮或时代 – ECDSA – 重构和三维多元化

Bernd Marquardt<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Colombia - Colombia

---

<sup>1</sup> Profesor titular en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del grupo de investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* (A1) e *investigador sénior* en *Colciencias*. Realizó el Doctorado en Derecho con la calificación *summa cum laude* (1999), sus estudios postdoctorales (2000) y su segundo doctorado superior -la *Habilitation* centroeuropea (2003)- en la Universidad de Sankt Gallen, en Suiza. Dispone de otro postdoctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2018). De igual forma, es magíster, incluyendo el pregrado en Derecho de la Universidad Georgia Augusta de Gotinga en la República Federal de Alemania (*Erstes Juristisches Staatsexamen*, 1995). Ha enseñado, entre otros, en los programas de doctorado y maestría de las universidades de Sankt Gallen (Suiza), Zürich (Suiza), Linz (Austria), Autónoma de Saltillo (México), Nacional de Colombia, Libre y Santo Tomás (Bogotá), de Medellín y Surcolombiana (Neiva). Dirige el Doctorado en Derecho y la Maestría

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

Año 5/Nº 14 VERANO 2019/20 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e356>

ORCID: <https://orcid.org/0000->

Recibido: 15/02/2020

Aprobado: 05/03/2020

**Resumen:** El presente artículo analiza las transformaciones constitucionales de Iberoamérica en los últimos tres decenios y medio con un enfoque en la reconstitucionalización pluralista después del interludio de las autocracias republicanas. Iniciará con una introducción al constitucionalismo comparado según el modelo de las seis olas, para continuar con la conceptualización de la época, preguntando por las ventajas y desventajas de los constructos del neoconstitucionalismo y del ECDSA. En tercer lugar, examinará las dinámicas de transformación y las nuevas normas supremas. El cuarto apartado sondeará las tendencias en el equilibrio horizontal y vertical de poderes. Quinto, se revisará el perfil pluralista y el enfoque en el triángulo de valores liberales, sociales y ambientales. El sexto subcapítulo echará un vistazo a la integración continental y la protección supranacional de valores constitucionales. Para terminar, se formulan algunas observaciones conclusivas sobre constituciones extensas, idealistas, transformadoras y parcialmente normativas.

**Palabras claves:** Estado constitucional democrático, social y ambiental; constitucionalismo comparado; constituciones transformadoras y aspiracionales; superación del anti-constitucionalismo

**Abstract:** This article analyses the constitutional transformations in Ibero-America over the last three decades with a focus on pluralist reconstituteionalization after the interlude of republican autocracies. The

---

investigativa de la Universidad Nacional de Colombia. Tiene actualmente 208 publicaciones, con 26 libros completos, incluyendo el primer tomo de la *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural* (2019), los dos tomos de la *Teoría integral del Estado* (2018), *Ius contra bellum* (2017), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica* (2016), *Derechos humanos y fundamentales*, *Una historia del Derecho* (2015) y *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014). Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch



article will begin with an introduction to comparative constitutionalism according to the six-wave model, to continue with the conceptualization of the era, asking about the advantages and disadvantages of the constructs of neoconstitutionalism and ECDSA. Thirdly, it will examine the dynamics of transformation and the new supreme norms. The fourth section will probe the tendencies in the horizontal and vertical balance of power. Fifth, it will review the pluralist profile and focus on the triangle of liberal, social and environmental values. The sixth sub-chapter will look at continental integration and supranational protection of constitutional values. In conclusion, some concluding remarks are made on extensive, idealistic, transformative and partially normative constitutions.

**Keywords:** democratic, social and environmental constitutional state; comparative constitutionalism; transformative and aspirational constitutions; overcoming anti-constitutionalism.

**Resumo:** O presente artigo analisa as transformações constitucionais da Ibero-América nas últimas três décadas e meia, com foco na reconstitucionalização pluralista após o interlúdio das autocracias republicanas. Começará com uma introdução ao constitucionalismo comparativo de acordo com o modelo de seis ondas, para continuar com a conceituação da época, perguntando pelas vantagens e desvantagens dos constructos do neoconstitucionalismo e da ECDSA. Terceiro, examinará a dinâmica da transformação e as novas normas supremas. A quarta seção sondará as tendências no equilíbrio horizontal e vertical de poderes. Quinto, serão revistos o perfil pluralista e o foco no triângulo de valores liberais, sociais e ambientais. O sexto subcapítulo examinará a integração continental e a proteção supranacional dos valores constitucionais. Para concluir, são feitas algumas observações finais sobre constituições extensas, idealistas, transformadoras e parcialmente normativas.

**Palavras-chave:** Estado constitucional democrático, social e ambiental; constitucionalismo comparativo; constituições transformadoras e aspiracionais; superação do anticonstitucionalismo.

**Résumé:** Cet article analyse les transformations constitutionnelles iberoaméricaines au cours des trois dernières décennies et demie en mettant l'accent sur la reconstitutionnalisation pluraliste après l'intermède des autocraties républicaines. Il commencera par une introduction au constitutionnalisme comparé selon le modèle à six vagues,

pour poursuivre avec la conceptualisation de l'époque, en s'interrogeant sur les avantages et les inconvénients des constructions du néoconstitutionnalisme et de l'ECDSA. Troisièmement, il examinera les dynamiques de transformation et les nouvelles normes suprêmes. La quatrième section explorera les tendances dans l'équilibre horizontal et vertical des pouvoirs. Cinquièmement, il passera en revue le profil pluraliste avec l'accent mis sur le triangle des valeurs libérales, sociales et environnementales. Le sixième sous-chapitre examinera l'intégration continentale et la protection supranationale de valeurs constitutionnelles. Pour terminer, quelques observations conclusives sont faites sur les constitutions extensives, idéalistes, transformatrices et partiellement normatives.

**Mots-clés:** Etat constitutionnel démocratique, social et environnemental; constitutionnalisme comparé; constitutions transformatrices et ambitieuses; surmonter l'anti-constitutionnalisme.

**摘要:** 本文分析了伊比利亚-美洲在过去三年半中的宪政转型, 重点是共和制专制政体介入之后的多元制宪。首先将根据六波模型介绍比较立宪主义, 然后继续进行时间概念化, 并询问新宪法 -ECDSA- 构架的优缺点。第三, 它将研究变革的动力和新的最高准则。第四部分将探讨水平和垂直力量平衡的趋势。第五, 将审查多元化的概况以及对自由, 社会和环境价值三角形的关注。第六章将探讨大陆一体化和宪法价值的超国家保护。总而言之, 对广泛的, 理想的, 变革的和部分规范的宪法做出了一些结论性意见。

**关键词:** 民主, 社会和环境宪政国家; 比较立宪主义; 变革性和理想的体质; 克服反宪法主义。

---

## I. Constitucionalismo comparado: el modelo de las seis olas

El presente estudio se dedica en perspectiva comparada a las transformaciones del derecho constitucional iberoamericano a partir de la década de 1980. Para ello, se fundamenta en la *escuela socio-cultural y transnacional del derecho constitucional y su historia* que el autor ha desarrollado en varias de sus

obras<sup>2</sup>. Principalmente, la misma se caracteriza por los siguientes siete postulados teóricos-metodológicos:

En primer lugar, no es normacéntrica, sino que analiza el texto en su contexto, dedicándose a las precondiciones y consecuencias de la normatividad; segundo, es interdisciplinaria, sin subestimar las miradas complementarias de la ciencia política, sociológica, ciencia ambiental *etc.*; tercero, se adscribe a la perspectiva mundial, enfocada en precisar el lugar de Hispanoamérica en el escenario planetario, bajo el postulado de aplicar los mismos estándares de crítica y respeto a toda zona del planeta, evitando prejuicios geopolíticos burdos como los de tipo primer-tercermundismo o sus derivados (norte-sur, *etc.*); cuarto, parte de la relevancia central de la gran transformación ocurrida alrededor de 1800 que llevó al nacimiento de un nuevo tipo de Estado, el constitucional-republicano, que rompió con los cinco milenios de la predominancia mundial de la monarquía dinástica; quinto, observa la difusión del mismo en el espacio global en olas<sup>3</sup>, contra-olas, contra-contra-olas bajo la transformación permanente que busca materializar, en últimas, el valor central de la dignidad humana de todos los ciudadanos; sexto, se enfoca en el significado transformador del derecho constitucional, no solo entendiéndolo como la supuesta normatividad bien establecida, sino como algo aspiracional en búsqueda permanente de crear un entorno más justo; séptimo, adopta propuestas metodológicas de la historia del tiempo reciente con sus logros de hacer expresable también lo gris, negro y traumático, en contra de la tendencia de diversos autores jurídicos de blanquear su objeto de estudio.

Panorámicamente, puede pensarse la historia comparada del Estado constitucional en Hispanoamérica como compuesta por seis fases nucleares con características, orientaciones y

---

<sup>2</sup> De modo más reciente y completo en: Marquardt, *Historia del derecho de Hispanoamérica*, pp. 31-86

<sup>3</sup> Solo en términos lingüísticos, este modelo de las olas se inspira en Huntington, pero se distingue en su composición, contenidos y factores relevantes.

perfiles cada vez predominantes. No pueden ser malentendidas como mecánicamente repetidas en todos los países exactamente en el mismo momento y en la misma profundidad, sino que se impusieron en ventanas temporales de uno a dos decenios, bajo particularidades significativas y también hubo siempre excepciones de países que se comportaron de modo contracíclico. Estas *seis olas* pueden caracterizarse de la siguiente manera:

1. La *transformación originaria* al Estado republicano de la Ilustración política (1810-1847).
2. El *alto liberalismo* hispanoamericano (aprox. 1848 - década de 1880).
3. El *alto nacionalismo* (aprox. 1880-1916).
4. La fase del *complemento* del republicanismo liberal por el constitucionalismo de la *democracia social* (1917-1949).
5. El *anti-constitucionalismo dictatorial* ante la *Guerra Fría* mundial y la crisis de transformación a la sociedad industrial (aprox. 1950 - década de 1980).
6. La era del *Estado constitucional democrático, social y ambiental* –ECDSA– bajo signos de la *reconstitucionalización y transformación al pluralismo tridimensional* (desde los años 80 del siglo XX hasta el presente)<sup>4</sup>.

El presente artículo desarrolla a profundidad la última.

## II. La cuestión conceptual: ¿neoconstitucionalismo o era del ECDSA?

Con frecuencia, la bibliografía caracteriza la *sexta ola* con la terminología del neoconstitucionalismo<sup>5</sup>, pero en el presente

<sup>4</sup> En detalle: Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, pp. 64 y ss.

<sup>5</sup> Comp. los debates en: Bernal P., *El neoconstitucionalismo*, pp. 77 y ss; Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*; Íd., *Neoconstitucionalismo(s)*; Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 80 y ss; Gargarella, *La sala de máquinas*, p. 10; Llinás, *Constitución y ética constitucional*, pp. 9 y ss; Suárez, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, pp. 265-336; Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes*, pp. 122 y ss.

texto se considera más preciso partir de la era del *Estado constitucional democrático, social y ambiental* –ECDSA<sup>6</sup>– en el sentido dual de la reconstrucción del republicanismo constitucional en una zona con extendidas tradiciones constitucionales desde 1810 bajo profundizaciones que crearon algo materialmente novedoso. El problema de la teoría del *neoconstitucionalismo* es que invita a un malentendido doble en la dialéctica entre reconstitucionalización e innovación.

Por una parte, dirige a pensar en un acto fundador que hubiera llevado a un continente oscuro a su primera luz, igualándose supuestamente a antiguos logros europeos, de modo que se subestima múltiples elementos de larga trayectoria que mostraban mayores tradiciones locales que en Europa: no fueron nuevos ni el constitucionalismo liberal hispanoamericano como tal con su antehistoria a partir de 1810, ni el constitucionalismo social desde 1917; tampoco se inventó ahora la supremacía de la constitución y menos los derechos fundamentales con su tradición bicentenaria. Tampoco debe desconocerse que la justicia constitucional hispanoamericana permite identificar una antehistoria desde la carta cundinamarquesa de 1811.

Por otra parte, la teoría del *neoconstitucionalismo* tiende a desviar de la profundidad transformadora de su propia época en comparación con lo pre-dictatorial. En realidad, ocurrió mucho más que un simple *renacimiento* de las ideas del siglo XIX. Entre los elementos novedosos en términos cualitativos, destacan siete<sup>7</sup>: primero, el *pluralismo tridimensional de valores* que completó el nivel liberal del siglo XIX y el social del siglo XX con el tercer componente, el ambiental, estableciendo así un *triángulo de valores* constitucionales que puede entenderse como el carácter nuclear del ECDSA; en ello, se fortaleció tam-

<sup>6</sup> Teoría del ECDSA: Marquardt, *Teoría integral del Estado* II, pp. 500 y ss. Retomado por: Llinás, *Constitución y ética constitucional*, pp. 58 y ss (que entiende Estado constitucional de Derecho como sinónimo).

<sup>7</sup> Véase los autores de ambas notas anteriores y Jaramillo, *Constitución, democracia y derechos*, pp. 42 y ss, 94 y ss.

bién el componente social proveniente de la *cuarta ola* (1917-1949) hasta un concepto integral; segundo, estas constituciones fueron muy generosas en sus derechos garantizados, alrededor del punto de gravitación de la dignidad humana de origen weimariano<sup>8</sup>, superando en este idealismo textual a toda otra zona del mundo; tercero, no solo se entregó la protección y defensa de dichos derechos a los jueces, sino que en varios países la justicia constitucional se empoderó efectivamente al papel de un verdadero actor significativo y crítico en el esquema de la separación de poderes, superando la actitud sumisa del pasado; ahora, múltiples transformaciones precisas tenían su punto de partida en la rama judicial en vez del poder legislativo; cuarto, las constituciones se abrieron benevolentemente hacia el *ius commune* latinoamericano en derechos humanos y la respectiva jurisdicción hemisférica –lo que se incluyó típicamente al *bloque de constitucionalidad*–<sup>9</sup>; quinto, se establecieron normas claras contra el *estadositismo* abusivo de la fase anterior; sexto, se reanimaron los Congresos en su función clave como poderes legislativos, limitando significativamente la anterior proliferación del decretismo ejecutivo; séptimo, ahora se valorizó positivamente la diversidad étnica en contra de la anterior tendencia homogeneizadora del Estado nación hispano-cultural. Con respecto a los derechos fundamentales, en vez de contentarse con *cualquier* concreción legislativa de los mismos, se entró definitivamente en la era de la constitucionalidad rígida cuyo

<sup>8</sup> Comp. el art. 1 de la *CP de Brasil* de 1988, el art. 1 de la *CP de Colombia* de 1991, el preámbulo y el art. 1 de la *CP de Paraguay* de 1992, el art. 1 de la *CP del Perú* de 1993, los arts. 3, 46, 47, 55, 80 y 81 de la *CP de Venezuela* de 1999, el art. 1 de la reforma chilena de 2005, el art. 84 de la *CP del Ecuador* de 2008, y el art. 22 de la *CP de Bolivia* de 2009.

<sup>9</sup> P. ej., art. 93 de la *CP de Colombia* de 1991; art. 75 n° 22 de la *CP de Argentina* de 1994; art. 13 n° 4 de la *CP de Bolivia* de 2009. Cfr. Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, p. 8; Ferreyra, *Fundamentos constitucionales*, pp. 274 y ss; Góngora M., *La difusión del bloque de constitucionalidad*, pp. 145-180; Morales A., *El Estado abierto*, p. 95; Uprimny Y., *Bloque de constitucionalidad*.

núcleo puede ser descrito por el término *garantismo*, difundido por los seguidores del pensador italiano Ferrajoli<sup>10</sup>.

Además, se recomienda repensar críticamente la tendencia de la teoría del *neoconstitucionalismo* a simplificar las reformas iberoamericanas como un presumido *trasplante jurídico* de los conceptos constitucionales italiano de 1947, alemán de 1949 y español de 1978. Es indudable que los padres de la generación constitucional de alrededor de 1990 estudiaron, entre otros materiales, dichas constituciones exitosas de Europa y algunos de sus teóricos traducidos como el alemán Alexy<sup>11</sup>, adoptando varias figuras como la dignidad humana y el Estado social de derecho, pero se considera inadecuada la connotación eurocéntrica y sumisa que subestima tanto los debates propios como la capacidad de reformarse y desarrollarse dentro del marco preexistente de la familia del *ius commune* constitucional de Latinoamérica. Tampoco deben minimizarse otras fuentes, pues es evidente que el constitucionalismo iberoamericano de la *sexta ola* es mucho más cercano al constructo iushumano de las Naciones Unidas de 1966 que al modelo alemán de 1949.

### III. Dinámicas de transformación y nuevas normas supremas

Entre 1983 y 1991, América Latina logró la salida de la fase del anti-constitucionalismo que había perturbado, desde la segunda mitad de los años 40, una de las zonas fundadoras del Estado constitucional en el mundo. Paso por paso, desaparecieron tanto las longevas dictaduras como las demo-autocracias híbridas. Se derrumbó la cultura política de los golpes de Estado y del *estadositismo*.

<sup>10</sup> Véase Ferrajoli, *Garantismo*. Vid. Morales V., *Derechos fundamentales y democracia*, pp. 483-512.

<sup>11</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

### a. Factores favorables que promovieron la sexta ola

En primer lugar, vale la pena repensar los factores favorables de la *sexta ola*. Se indicarán siete contextos principales, parcialmente exógenos y endógenos.

De modo prioritario, hay que echar un vistazo a la transformación del sistema internacional, teniendo en cuenta que la construcción de redes de Estados satelitales leales en la bipolaridad mundial de la *Guerra Fría* había sido el gran motor del anti-constitucionalismo latinoamericano, de modo que la superación de la *Guerra Fría* alrededor de 1989, llevó al abandono de la respectiva política imperial y hegemónica de los EE.UU. Ahora, Washington percibió como más problemática la mala reputación internacional del patrocinio de gobiernos marionetas que lucharon ferozmente contra ‘enemigos públicos’ estigmatizados como sospechosos de ideales pro-soviéticos. Especialmente, el protegido Pinochet se transformó, en los ojos de la ciencia y prensa internacional, en el símbolo mundial del anti-constitucionalismo y de la contra-modernidad indeseada. También la dura sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en La Haya de 1986, que declaró visiblemente para todo el mundo que la intervención encubierta de los EE.UU. en Nicaragua había violado el derecho internacional público<sup>12</sup>-, motivó que pareciera sensato renunciar a la política de la mano dura<sup>13</sup>. Paralelamente, los EE.UU. aprendieron que era mucho más eficiente promover políticas de lealtad económica y aprovisionamiento prioritario con recursos naturales a través de las instituciones internacionales financieras con sede en su capital y la imposición del llamado *Consenso de Washington* en negociaciones sobre la condonación de deudas públicas y créditos condicionados. Segundo, en vez de la seguridad hemisférica

<sup>12</sup> CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Cfr. Ganser, *Illegale Kriege*, pp. 146 y ss.

<sup>13</sup> Comp. Bos, *Verf.gabung u. Systemwechsel*, pp. 116 y ss, 157 y ss, 230 y ss; Vergottini, *Las transiciones constitucionales*, pp. 188 y ss.



de tipo estadounidense, ascendió la ética iushumana de las Naciones Unidas al rango de la verdadera estrella de orientación ética de la época. Tercero, el mundo policéntrico del siglo XXI abrió para América Latina nuevos espacios de independencia material, por ejemplo en forma de relaciones comerciales con China en vez de la orientación clásica hacia el norte. Paralelamente, Brasil mismo ascendió al rango de candidato de uno de los centros del mundo policéntrico del siglo XXI.

Por otra parte, en términos endógenos, se materializó la fuerza de resurrección que era inmanente a la tradición propia de dos siglos del constitucionalismo moderno, de la democracia electoral, de la separación de poderes y de los derechos fundamentales. En ello, también la ética profesional de los profesores universitarios, juristas y otros académicos socializados en los valores del constitucionalismo democrático, presionó profundamente la corrección de desviaciones incompatibles. En quinto lugar, los autócratas sin concepto propio de legitimidad y con base en la mera lógica de la excepción salvadora, entraron después de algunos años en el poder en una situación paradójica, pues la excepción permanente pareció contradictoria en sí misma. Incluso muchos presidentes *de facto* se autopercebieron más como actores pasajeros para superar la supuesta crisis del momento en vez de alternativas permanentes. Tampoco lograron mostrar mayores resultados políticos y económicos en comparación con las democracias supervivientes como Costa Rica. Sexto, también las guerrillas insurgentes perdieron, con el fin de la *Guerra Fría*, su modelo ideal del comunismo soviético, reorientándose hacia políticas más o menos socialdemócratas dentro de la institucionalidad del constitucionalismo socio-liberal. Séptimo, todos los actores aceptaron, al fin, el carácter irreversible de la *gran transformación* a la sociedad industrial, con un perfil socio-cultural diferente de la sociedad burguesa y propietarista del siglo XIX. Tampoco debe subestimarse la influencia del atractivo de las democracias consumistas de la Europa occidental que lograron vivir tranquilamente sin *estadositismo* teatral ni militarización de la cotidianidad.

Complementariamente, los nuevos medios de comunicación, en particular la televisión, transmitieron sutilmente a todo el pueblo una experiencia democrática que pareció más atrayente que el aplauso del súbdito al caudillo en la calle.

### ***b. La caída de las dictaduras***

La primera transición significativa ocurrió en Argentina en 1983, terminando con casi tres decenios de predominancia dictatorial (1955-1958, 1962-1963, 1966-1973, 1976-1983). En el país del río de la Plata, la última y sangrienta junta militar de la *Reorganización Nacional* se vio seriamente deslegitimada, luego de su estrepitosa derrota militar frente a Gran Bretaña en la *Guerra de las Malvinas* (1982). No sucedió ninguna sublevación popular, pero la actuación de la sociedad civil jugó un papel importante en el ciclo de deslegitimación, especialmente a través de las manifestaciones semanales de las *Madres de Plaza de Mayo* que tematizaron insistentemente los asesinatos de sus hijos, minando de esta manera la imagen y autoestima de los gobernantes. En la etapa de transición, los militares se otorgaron una ley de auto-amnistía para evadir cualquier responsabilidad; sin embargo, aquella fue derogada inmediatamente después de la restitución del Congreso constitucional en 1983. Este hecho abrió las puertas al *Juicio a las Juntas* de 1985, donde se sentenció a reclusión perpetua a varios terroristas uniformados, entre ellos, el ex Presidente Videla (1976-1981)<sup>14</sup>.

En el año 1985, en la República oriental del Uruguay se dio fin –de manera negociada– a la dictadura de seguridad nacional que había existido desde 1973. A pesar de que la misma había perdido su plebiscito constitucional de 1980, continuó por cinco años más en el gobierno, aunque cada vez con menor respaldo

<sup>14</sup> Art. 1 de la *Ley argentina 22.924* de 1983; art. 1 de la *Ley 23.040* 1983; CNCrim, *Causa 13/84*. Cfr. Cantón, *Leyes de amnistía*, pp. 280 y ss; Carreras & Potthast, *Eine kleine Geschichte Argentinians*, pp. 228 y s; Echeverri U. & Duque A., *Política y constitucionalismo*, p. 218; Laughland, *A History of Political Trials*, pp. 181 y ss; Merkel, *Systemtransformation*, pp. 215, 223, 233 y ss.

popular. En un ambiente de críticas y protestas crecientes, se negoció el *Pacto del Club Naval* de 1984, con el cual el gobierno militar aprobó el regreso al gobierno constitucional en 1985. En 1986, se sancionó la polémica *Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado* que concedió amnistía a favor de todos los “delitos cometidos hasta [...] 1985 por funcionarios militares y policiales”<sup>15</sup>.

Una de las transiciones más tranquilas tuvo lugar en Brasil, sin presión bélica ni de plebiscitos perdidos. Esta dictadura militar multidirigente con sus cambios cíclicos entre oficiales de turno, posibilitó por sí misma el ascenso de presidentes moderados con ciertas ideas liberales, en particular Geisel (1974-1979) y Figueiredo (1979-1985), quienes promovieron progresiva y gradualmente una apertura hacia las elecciones de 1985, ganadas por el candidato de la oposición civil con posturas políticas no tan lejanas a las de los antiguos dirigentes. El proceso se concluyó con la constitución federal de 1988 y el plebiscito de 1993 sobre la forma de gobierno que legitimó *ex post* la caída de la monarquía de los Braganza en 1889<sup>16</sup>.

Como una de las transiciones más simbólicas, se considera la caída de la dictadura militar del general Pinochet en Chile (1973-1990). En 1988, aquel lanzó un nuevo plebiscito –de acuerdo con el procedimiento previsto en la constitución dictatorial de 1980–, convencido de que el resultado solo podía ser la confirmación de su permanencia en el poder por ocho años más, de manera similar a los anteriores plebiscitos del régimen. No obstante, la dictadura perdió contra una mayoría de opositores del 55 %. El gobierno militar aceptó su derrota, aunque continuó por un año y medio en sus funciones, periodo en el cual los antiguos y futuros gobernantes negociarían un pacto político, que fue aprobado por el 91,25 % de los votantes en el

<sup>15</sup> Art. 1 de la *Ley 15.848* de 1986. Comp. Arteaga, *Breve historia del Uruguay*, pp. 283 y ss; Cantón, *Leyes de amnistía*, pp. 277 y ss; Gros & Esteva, *Constituciones Uruguay*, pp. 153 y ss.

<sup>16</sup> *CP de Brasil* de 1988. Cfr. Cunha, *Do constitucionalismo brasileiro*, pp. 270 y s; Silva, *Constituciones Brasil*, pp. 43 y ss.

plebiscito de reforma constitucional de 1989. De tal manera, se eliminó el núcleo autoritario de la carta de 1980 que había sido anclado en las disposiciones transitorias, y se curó superficialmente, a través de poder constituyente del pueblo soberano, el defecto de nacimiento de la carta de 1980. Sin embargo, no debe ignorarse que el ex dictador Pinochet se reservó un poder de fondo, pues se perpetuó durante ocho años más como Comandante en Jefe del Ejército de Chile y, de esta manera, como dirigente máximo de lo que el artículo 90 de la carta continuó entendiendo como el guardián de la constitución; además, fue miembro del poderoso Consejo de Seguridad Nacional y senador vitalicio (hasta 2002). La tropa todavía fue un enclave autónomo, pero no abusó de sus facultades. Una parte de la transición pactada fue la confirmación del *Decreto ley de auto-amnistía* de 1978 y la renuncia de los nuevos dirigentes a revocar el derecho administrativo ‘neoliberal’ decretado por la dictadura. En general, puede reconocerse un elemento paradójico en el hecho de que el sistema constitucional, que nació en 1989 contra el anti-constitucionalismo de los dos decenios anteriores, se basó expresamente en la ficción de la continuidad de la carta de la dictadura de 1980<sup>17</sup>.

Fue diferente el perfil de transición en Paraguay donde, en 1989, el golpe de Estado del general Rodríguez derrocó al longevo dictador Stroessner que había gobernado desde 1954. El militar Rodríguez prometió la democratización, aunque no debe subestimarse la subsiguiente elección del golpista y socio de partido del ex dictador a la presidencia de la república, pero solo por un periodo, hasta el año 1993<sup>18</sup>. La calidad limitada de

---

<sup>17</sup> *Ley 18.825 de reforma constitucional* de 1989; *Decreto ley 2.191* de 1978. Sobre esta transición: Barros, *Constitutionalism and dictatorship*, pp. 308 y ss.; Bos, *Verf.gabung u. Systemwechsel*, p. 120; Cristi & Ruiz, *La república en Chile*, pp. 130 y ss., 197 y ss.; Merkel, *Systemtransformation*, pp. 216, 224 y ss., 236 y ss.; Naranjo, *Teoría constitucional*, p. 675; Nogueira, *Decreto ley de amnistía*, pp. 107-130; Nolte, *Zurück zur Demokratie*, p. 40; Ramón, *Historia de Chile*, pp. 278 y ss.; Thibaut, *Präsidentialismus*, pp. 219 y ss.

<sup>18</sup> Silvero S., *Die Verfassung der Republik Paraguay*, pp. 609 y s.

la transición puede reconocerse en el hecho de que continuó en el poder el *Partido Colorado* de Stroessner hasta 2008 y, después de una breve interrupción, nuevamente a partir de 2013 hasta hoy.

El único caso de una transformación debida a una intervención militar desde afuera, sucedió en Panamá. En 1989, los EE.UU. derrocaron al dictador istmeño y presunto narcotraficante Noriega, terminando de tal manera con el régimen militar existente desde 1968; luego, se promulgó la constitución de 1994.

Como ejemplo de una transición con base en un acuerdo de paz interno, puede destacarse El Salvador, donde una especie de *asesinocracia* electoral de la derecha pro-oligárquica se convirtió –con ocasión de los *Acuerdos de Chapultepec* de 1992– en un Estado constitucional, basado en la vitalización de la hasta entonces pseudo-carta de 1983, reformada varias veces entre 1992 y 2000<sup>19</sup>.

Una de las transformaciones más lentas y ambiguas ocurrió en Guatemala. En este caso, el último dictador militar, Mejía Victores (1983-1986), inició –a pesar de los medios represivos de seguridad contrainsurgente durante sus primeros meses– una política de reconstrucción constitucional, convocando la elección de una Asamblea Nacional Constituyente en 1984, sosteniendo la carta de 1985 y reconociendo las elecciones que posibilitaron la presidencia de un abogado de la democracia cristiana en 1986. Sin embargo, la transición tardó más tiempo, ya que las fuerzas armadas aún actuaron como un *Estado dentro del Estado*. De ese modo, continuaron tanto las masacres y represiones de las tropas paraestatales, como las actividades de las guerrillas insurgentes. En el año 1993, el Presidente guatemalteco Serrano intentó un autogolpe; sin embargo, es llamativo que se defendió exitosamente la institucionalidad,

---

<sup>19</sup> CP de El Salvador de 1983; *Acuerdos de Chapultepec* de 1992; CVES, *De la locura a la esperanza*.

pues la *Corte de Constitucionalidad* declaró inconstitucionales los decretos presidenciales y presionó la huida del mandatario al exterior. Un punto clave en la transición guatemalteca, puede reconocerse en el *Acuerdo de paz firme y duradera* de 1996. Sin embargo, el proyecto de constitucionalización de este *Acuerdo* que previó, entre otros, el mejoramiento de los derechos sociales y el reconocimiento del carácter multiétnico de la nación maya, fracasó en el polémico referéndum de 1999 –bajo una abstención de más del 90 %–. De todos modos, el sistema político se abrió por lo menos a llenar con vida la carta de 1985, incluyendo la parte iusfundamental. En el 2005, se promulgó una *Ley marco de los acuerdos de paz* y, en el 2008, ganó por primera vez las elecciones presidenciales la hasta entonces oposición socialdemócrata<sup>20</sup>.

Por su parte, en Ecuador y Bolivia, es difícil fechar la transformación de modo exacto. La misma no puede identificarse simplemente con la convocatoria a las elecciones en 1979 y 1982, que finalizaron con dos de los numerosos gobiernos *de facto*. Llama más la atención que en las subsiguientes crisis políticas, *no* ocurrió ninguna autoproclamación de otro salvador de la patria, aunque volvió a la presidencia de Bolivia de modo electoral, entre 1997 y 2001, el cruel ex dictador Banzer<sup>21</sup>. La percepción de haber entrado en una nueva fase, se constitucionalizó más tarde, en la primera década del siglo XXI.

### ***c. Las transiciones de las demo-autocracias híbridas: Colombia y México***

Paralelamente a la caída de las dictaduras militares, ocurrieron dos transformaciones de perfil particular. Precisamente, se cayeron dos *demo-autocracias híbridas*<sup>22</sup> que habían jugado

<sup>20</sup> *CP de Guatemala* de 1985; *Decreto 52* de 2005. Véase García L., *Constituciones Guatemala*, pp. 56 y ss; CEH, *Guatemala, Memoria del silencio*, cap. 1, pp. 439 y ss.

<sup>21</sup> Jost, *Bolivien, Politisches System*, pp. 114 y ss, 193 y ss, 230 y ss, 332 y ss.

<sup>22</sup> Sobre este concepto: Marquardt, *Teoría integral del Estado II*, pp. 520 y ss.

con fachadas democráticas, bastante falsas, y disfrutado de una cierta credibilidad internacional.

En el caso de Colombia, se superó el régimen del *estadosi-tismo* eterno que había pasado, primero, de 1949 a 1958, por el decenio dictatorial bajo dos potentados civiles y dos militares, seguido, de 1958 a 1974, por la dictadura partidaria del *Frente Nacional* con cuatrienios presidenciales sin competitividad democrática, para concluir, de 1974 a 1991, en una *demo-autocracia híbrida* –todavía con elementos de una dictadura rotativa– llamado *Pos-Frente Nacional*<sup>23</sup>. Desde 1986, el sistema se abrió paulatinamente, de modo que se consolidó, en 1991, el clima político para elaborar una nueva constitución, estimulada por los factores generales debatidos anteriormente y condiciones particulares como la evidente crisis de paz del régimen colombiano, la desmovilización condicionada de la guerrilla social del *M-19*, la presión de manifestaciones estudiantiles y una presidencia en manos del liberal abierto Gaviria (1990-1994).

En este ámbito, se dio origen a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual contó con una participación sustancial de los que hasta entonces se habían visto excluidos y perseguidos como enemigos públicos. Dentro de este nuevo cuerpo constituyente participaron 47 personas del ámbito del ex *Frente Nacional*, así como 27 miembros de la hasta entonces oposición extraparlamentaria, entre ellos varios ex guerrilleros. La formación de la presidencia de la asamblea, al estilo de un triunvirato compuesto por las tres ramas predominantes del (socio-) liberalismo, el *M-19* y el conservadurismo, promovió un clima abierto y no precondicionado por la antigua carta de 1886. El resultado fue una de las constituciones más idealistas de su tiempo, que renovó las tendencias vanguardistas de la mitad del siglo XIX, pero con los nuevos contenidos según el espíritu de finales del siglo XX<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre las características: Marquardt, *El anti-constitucionalismo en la historia política de Colombia*, pp. 3-43.

<sup>24</sup> Al respecto: Calle, *Constitución y guerra*, pp. 695 y ss; Mejía & Múnera, *Constitución, democracia y Estado autoritario*, pp. 84 y ss, 91; Negretto, *Making Constitutions*, pp. 166 y ss;

De igual forma, en los Estados Unidos Mexicanos se disolvió lo que el escritor peruano Vargas Llosa llamó, todavía en 1990, la “dictadura perfecta” por camuflarse muy hábilmente. Se habla de la disolución sucesiva de un longevo régimen unipartidista que se había formado, desde la carta de 1917, con base en las élites de la revolución socio-liberal de entonces, que había transportado, en todas las elecciones presidenciales cuatrienales y sexeniales de 1917 a 1976, el sucesor con la inequívoca mayoría dictatorial alrededor del 90 % al gobierno, según la designación en círculos secretos sin transparencia. El partido sistémico de la revolución cambió varias veces el nombre para firmar finalmente, desde 1946, como el *Partido de la Revolución Institucionalizada –PRI–*. Según su estructura, fue una especie de *régimen comunista sin comunismo*, precisamente con una ideología socialdemócrata hasta los años 80.

La disolución ocurrió en varios pasos entre 1988 y 2000. Después de la bancarrota estatal *de facto* de 1982, que llevó a negociar con el *Fondo Monetario Internacional* a propósito de un *programa de ajuste estructural*, se dio, en 1988, la primera situación competitiva material en las elecciones presidenciales desde la promulgación de la constitución mexicana de 1917, lo que transformó una dictadura de partido en una demo-autocracia híbrida alrededor de un partido hegemónico –que era todavía el mismo, pero transformó su ideología hacia la derecha ‘neoliberal’–. En 1989, la oposición ganó por primera vez, con la Baja California, el gobierno de uno de los Estados federados. En 1990, se inició una ola de reformas de la constitución de 1917. Cuatro años más tarde, el régimen se acercó otra vez a la bancarrota estatal y fue presionado, mediante créditos internacionales condicionados, a promulgar reformas neo-capitalistas. En 1997, el *Partido Revolucionario Institucional* perdió por primera vez la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados y, en el 2000, la oposición democristiana ganó las elecciones presidenciales con

---

Palacios & Safford, *Colombia, País fragmentado, sociedad dividida*, p. 615; Valencia, *Cartas de batalla*, pp. 205 y ss, 209 y ss.



Fox (2000-2006). De esta manera, México se transformó en un sistema tripartidista<sup>25</sup>.

#### ***d. Sombras del pasado: la última autocracia anti-subversiva en el fujimoriato del Perú***

Con respecto a la República del Perú, una corriente optimista de narración indica que la era de las dictaduras, predominantes desde 1948, ya había terminado con la carta del “Estado social y democrático de Derecho” de 1979<sup>26</sup>. Sin embargo, en ese entonces solo se restauró el sistema electoral a manos civiles, mientras gran parte de la carta del *aprismo* de izquierda fue desvalorizada por gobiernos de otra identidad política que aplicaron, al igual que Colombia, un autoritarismo camuflado bajo signos del *estadositismo*, el decretismo ejecutivo, el derecho penal del enemigo y la militarización, estableciendo efectivamente una *demo-autocracia híbrida*, lo cual se justificó por el conflicto interno armado con la guerrilla maoísta *Sendero Luminoso* (aprox. 1980-2000). La fase más desastrosa del balance de derechos humanos fue esta, no la anterior.

Todavía en 1992, el último y más agudo de los presidentes de tipo *demo-autocracia híbrida*, Fujimori (1990-2000) de tendencia conservadora y económicamente ‘neoliberal’, realizó un autogolpe de Estado en medio de un conflicto inter-orgánico con el Congreso dominado por la oposición. Fujimori promulgó el *Decreto ley de bases del gobierno de emergencia y reconstrucción nacional*, por medio del cual el jefe de Estado cerraría el parlamento, transfiriéndose provisionalmente el poder legislativo y destituyendo a todos los jueces de la Corte Suprema que le representaban alguna incomodidad. Esta estrategia anticonstitucional tuvo el resultado de eliminar la constitución

<sup>25</sup> Sobre la transición mexicana: Merkel, *Systemtransformation*, pp. 220 y ss, 229, 250 y ss; Nolte, *Sonderentwicklungen*, p. 32; Rabasa, *De la democracia hegemónica o unipartidista*, pp. 303-312; Ruiz, *México ¿la dictadura perfecta?*; Thiery, *Lateinamerika*, pp. 96 y ss.

<sup>26</sup> Art. 4 de la *CP del Perú* de 1979.

socio-liberal de 1979, reemplazándola por la carta más conservadora de 1993. Hubo que esperar algún grado de normalización hasta las elecciones de 1995, pero en estas se perpetuó otra vez el mismo gobernante con su enfoque en la seguridad interna. Ya en 1997, Fujimori propinó el segundo autogolpe, destituyendo a los magistrados del Tribunal Constitucional que habían declarado inconstitucional la *Ley de interpretación auténtica* sobre la segunda reelección. Cabe anotar que en el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró esta intervención presidencial como una dura violación de las garantías judiciales, la protección judicial y los derechos políticos de los magistrados.

En el año 2000, luego de la segunda polémica reelección, Fujimori fue destituido por el Congreso y casi un decenio más tarde, en el 2009, fue condenado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia a 25 años de prisión por los delitos de “homicidio calificado, [...] lesiones graves [y...] secuestro agravado”. Ya en el 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos eliminó la ley de auto-amnistía de 1995. Al fin, debe verse la caída de Fujimori en el 2000 como la fecha clave de la entrada peruana al ECDSA. Sin embargo, la subsiguiente discusión sobre una reforma de la carta fujimorista de 1993 tan solo condujo a resultados parciales, como suprimir simbólicamente la firma del destituido en la norma suprema<sup>27</sup>.

### ***e. Las nuevas constituciones***

En general, el Estado constitucional de América Latina se recuperó exitosamente entre 1983 y 2000, lo que se manifestó en una impresionante ola de constituciones transformadoras y

<sup>27</sup> Arts. 4-5 del *Decreto ley 25.418* de 1992; *Ley 26.657* de 1996; *Resolución legislativa 009-2000-CR*; *Ley 27.600* de 2001. TCP, exp. 002-96-I/TC, de 3.1.1997; Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, de 31.1.2001, FRC, C 71; Íd., *Caso Barrios Altos vs. Perú*, de 14.3.2001, FRC, C, 75; CSJP, SPE, *Causa Fujimori*, exp. AV 19-2001, de 7.4.2009, pp. 705 y ss. Cfr. Bernaldes, *Los caminos de la reforma constitucional en el Perú*, pp. 157-173; Cantón, *Leyes de amnistía*, pp. 285 y ss; CVR, *Informe final*; Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 32 y ss, 196 y ss; Mähler, *Wie autoritär ist Lateinamerika?* p. 2; Thiery, *Lateinamerika*, pp. 36-65.

reformas profundas. Como cartas completamente nuevas, en las cuales las constituyentes no se fundamentaron en el texto anterior, se señalan la *Constitución política de Guatemala* de 1985, la *Constituição da República federativa do Brasil* de 1988, la *Constitución política de la República de Colombia* de 1991, la *Constitución de la República de Paraguay* de 1992, la *Constitución política del Perú* de 1993, la *Constitución política de la República del Ecuador* de 1998 y la *Constitución de la República bolivariana de Venezuela* de 1999. Un alto grado de idealismo de un nuevo comienzo, se condensó especialmente en la carta colombiana de 1991. Por su parte, Argentina subrayó su herencia constitucional predictatorial por actuar dentro de la carcasa de la carta del *alto liberalismo* de 1853, aunque bajo reformas profundas en el espíritu de la *sexta ola* que se normativizaron en el procedimiento de una constituyente en 1994. También México continuó con la antigua carta de 1917 que, en muchos aspectos, fue todavía la de 1857, pero bajo una variedad de ajustes a las temáticas del ECDSA –desde 1990, se cuenta un total de 122 reformas–. De igual forma, la gran reforma dominicana de 1994 no rompió con el cuerpo básico proveniente de 1844. En Bolivia, se reformó la carta de 1967 en 1994 y en el Uruguay, se actualizó la carta de 1967 especialmente por la gran reforma de 1996, pero también en 1989, 1994 y 2004<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> *CP de Guatemala* de 1985; *CP de Brasil* de 1988; *CP de Colombia* de 1991; *CP de Paraguay* de 1992; *CP del Perú* de 1993; *CP del Ecuador* de 1998; *CP de Venezuela* de 1999; *CP de Argentina* de 1994; Cámara de Diputados, *Reformas constitucionales por decreto en orden cronológico*; *CP de la Rep. Dominicana* de 1994; *CP de Bolivia* de 1995; *CP de Uruguay* de 1989/1994/1996; Comp. Bos, *Verf.ggebung u. Systemwechsel*, p. 120; Brewer, *Historia constitucional de Venezuela II*, pp. 149 y ss, 164 y ss; Íd., *Reflexiones críticas*, pp. 171-193; Cunha, *Do constitucionalismo brasileiro*, pp. 270 y s; Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 86 y ss, 107 y ss; Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, pp. 453 y ss; García, *Constituciones Guatemala*, pp. 56 y ss; Gargarella, *La sala de máquinas*, pp. 270 y ss; Gros & Esteva, *Constituciones Uruguay*, pp. 160 y ss; Jaramillo, *Constitución, democracia y derechos*, pp. 28 y ss; Lorenzo, *Manual de historia constitucional argentina III*, pp. 429 y ss; Mejía & Múnera, *Constitución, democracia y Estado autoritario*, pp. 80-108; Negretto, *Making Constitutions*, pp. 195 y ss; Nolte, *Verf.populismus u. Verf.wandel*, pp. 1-7; Olano, *Constitucionalismo histórico*, pp. 313 y ss; Sagüés, *Constituciones Argentina*, pp. 57 y ss; Serna, *La reforma del Estado*, pp. 29 y ss, 41 y ss, 129 y ss; Silva, *Constituciones Brasil*, pp. 43 y ss;

En cambio, Chile se contentó con una mera reforma parcial de la carta pinochetista en 1989 que derogó lo más incompatible con un régimen demo-constitucional, en concordancia con el carácter pactado de la transición sistémica, de modo que el país austral conservó durante quince años adicionales, hasta la gran reforma de 2005, varios enclaves autocráticos. También Panamá mantuvo la carta dictatorial de 1972 bajo la adaptación básica a una democracia pluralista en 2004<sup>29</sup>.

Dentro del constitucionalismo iberoamericano en y alrededor de los años 90, se manifestó un cierto grado de influencia de las cartas vigentes en Europa occidental, especialmente la italiana de 1947 y la federal alemana de 1949, incluyendo la respectiva teoría constitucional. Un transmisor importante fue –por primera vez– una constitución española, la pos-dictatorial de 1978, que había adoptado y concentrado varias tendencias europeas de la era posterior a la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, pudo reconocerse una influencia significativa del constitucionalismo global de las Naciones Unidas de 1966, en particular en materia de derechos humanos de la segunda y tercera generación. De todas maneras, el constitucionalismo iberoamericano de la *sexta ola* adoptó de nuevo un carácter familiar propio que fue tendencialmente más idealista que el constitucionalismo europeo, en vista de su amplia orientación social, ambiental y cultural.

Una segunda sub-ola de la profundización transformadora, se desarrolló a finales del primer decenio del siglo XXI. En dos países andinos hubo descontentos con los fuertes elementos ‘neoliberales’ en las normas supremas de los años 90, de modo que nacieron la *Constitución de la República del Ecuador* de 2008 y la *Constitución política del Estado plurinacional de*

---

Silvero, *Die Verf. Paraguays*, pp. 610 y ss; Valencia, *Cartas de batalla*, pp. 212 y ss; Vergottini, *Las transiciones constitucionales*, pp. 216 y ss; PNUD, *La democracia en América Latina*.

<sup>29</sup> *Leyes chilenas 18.825 de 1989 y 20.050 de 2005; CP de Panamá de 1994. Cfr. Casal, El constitucionalismo*, pp. 217 y ss; Couso, *Constitutional Law in Chile*, pp. 40 y ss; Cumplido C., *Reforma constitucional*, pp. 105-113.

*Bolivia* de 2009, ambas acentuadamente idealistas en términos de la justicia social, ambiental y étnica<sup>30</sup>.

### ***f. El enfrentamiento crítico con el pasado reciente***

En la era del ECDSA, las repúblicas hispanoamericanas subrayaron su identidad asumida por distanciarse pública y transparentemente de la anterior era anti-constitucional. Se construyeron comisiones de verdad para investigar los hechos traumáticos del pasado reciente, así por ejemplo en Argentina en 1983, en Chile en 1990 y 2003, en El Salvador en 1992, en Guatemala en 1994 y en Perú en 2001, que publicaron los respectivos informes para educar al *demos* sobre los excesos de los gobernantes anteriores<sup>31</sup>. No obstante, resultó difícil el trabajo en la memoria colectiva, pues persistieron paralelamente los mitos de los presumidos salvadores con la mano dura: no solo el actual presidente brasileño rinde homenaje a los dictadores.

### **g. La democratización material y la apertura para los anteriormente perseguidos**

En la *sexta ola*, se normalizó la relación entre *derecha* e *izquierda* a una competitividad de tipo democrático. El ECDSA sumió la habilidad a traslados electorales y pacíficos del poder entre corrientes ideológicas diferentes sin intervenciones a la fuerza.

El concepto de *derecha* se aplicó ahora, a diferencia del uso europeo de la palabra para los nacionalistas acentuados, en el sentido de partidos que, por una parte, representaron la élite aristo-burguesa proveniente de la sociedad republicana del siglo XIX y, por otra parte, se identificaron con políticas

---

<sup>30</sup> CP del Ecuador de 2008; CP de Bolivia de 2009. Véase Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, pp. 25 y ss.

<sup>31</sup> P. ej., CONADEP, *Nunca más*; CVES, *De la locura a la esperanza*; CEH, *Memoria del silencio*; CVR, *Informe final*.

económicamente ‘neoliberales’. Inicialmente, esta corriente tuvo una ventaja, pues a finales de la *Guerra Fría*, los EE.UU. y sus aliados lograron transformar los respectivos conceptos en el llamado *Consenso de Washington* de 1989 como el fundamento ideológico de las instituciones financieras internacionales ubicadas en la capital estadounidense, que condicionaron la entrega y prolongación de créditos públicos a la sumisión a los deseos políticos del anarco-capitalismo, como la desconstrucción de la dirección estatal en la economía, la limitación de las prestaciones sociales, las privatizaciones de los servicios y empresas públicas, el neo-extractivismo, el comercio libre, la apertura para inversionistas extranjeros y la ‘flexibilización’ laboral. Empezó una ola de trasplantes jurídicos al nivel sub-constitucional con contenidos no creados por la ciencia jurídica, sino diseñados por una corriente ideologizada de su hermana económica<sup>32</sup>. Sin embargo, muchos soberanos democráticos desarrollaron rápidamente una consciencia para las discrepancias entre las promesas doradas y los resultados pobres, por ejemplo, en vista de la disminución efectiva de las tasas de crecimiento, hasta el sufrimiento de fracasos traumáticos como el colapso de la economía argentina en la crisis de 1998 a 2002.

Por lo tanto, no sorprende que el decenio de superioridad de la derecha neo-capitalista fuera sucedido por el decenio de la ventaja de la *izquierda* demo-social bajo signos anti-oligárquicos y anti-imperialistas. La apertura sistémica para ellos, tuvo un alto significado transformador, pues el combate anti-izquierda había sido un elemento central de los decenios del anti-constitucionalismo –cuando el anti-comunismo de raíz estadounidense los estigmatizó, mientras la élite aristo-burguesa se aprovechó para frenar la anunciada pérdida de su tradicional exclusividad frente a nuevos partidos de masas–. Así, se materializó un desarrollo previsible desde la fase fundadora de la democracia social en la *cuarta ola* (1917-1949). Precisamente,

---

<sup>32</sup> Vid. Burgos, *Estado de Derecho y globalización*, pp. 97 y ss; Llinás, *¿Derecho público multinacional y anti-constitucional?* pp. 191 y ss, 197 y ss, 215 y ss.

asumieron variantes de la izquierda intra-sistémica las presidencias en Costa Rica de 1994 a 1998 y desde 2010, en Venezuela de 1999 hasta hoy, en Chile de 2000 a 2010 y de 2014 a 2018, en el Perú de 2001 a 2006 y de 2011 a 2016, en Brasil de 2003 a 2016, en Argentina de 2003 a 2015 y desde 2019, en Uruguay de 2005 a 2019, en Bolivia de 2006 a 2019, en Honduras de 2006 a 2009, en Ecuador y Nicaragua desde el 2007, en Guatemala y Paraguay de 2008 a 2012, en El Salvador de 2009 a 2019 y en México desde 2018. En ello, el espectro se diversificó entre una izquierda relativamente centrista en Chile o Costa Rica y su hermana más idealista en Argentina, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela. Tampoco los gobiernos de izquierda que usaron etiquetas de un nuevo socialismo, promovieron la transformación en sistemas consejistas de corte cubano, sino que se basaron en la democracia electoral con prioridad de políticas sociales<sup>33</sup>.

Desde 1990, los partidos post-oligárquicos ganaron por lo menos un periodo presidencial en todos los países de la zona, menos Colombia. Tampoco se impidió el ascenso de ex guerrilleros a la presidencia, como subrayan los casos de Ortega en Nicaragua (desde 2007), Mujica en Uruguay (2010-2015), Rousseff en Brasil (2011-2016) y Sánchez en El Salvador (2014-2019). Con la posibilidad tranquila de estos traspasos de poder, América Latina subrayó la superación material del unilateralismo ideológico de la *quinta fase*. No obstante, tres países se resistieron esencialmente a la competitividad material: en Paraguay, el partido oligárquico del dictador Stroessner –llamado *Colorado*– continúa electoralmente en el poder –con la mera interrupción breve de 2008 a 2013–, mientras en Colombia se prolonga ininterrumpidamente la hegemonía de los partidos derechistas del régimen frentenacionalista y *estadositista* –hasta 2002 bajo sus nombres históricos y desde entonces en forma de partidos hijos de otras denominaciones sin perfil novedoso–; además, Honduras perpetúa el bipartidismo nacional-liberal

---

<sup>33</sup> Véase p. ej. Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 28 y s., 37 y ss., 54 y ss.

hasta la fecha, pues frenó violentamente la breve desviación hacia la izquierda moderada de 2006 a 2009.

#### **IV. Tendencias en el equilibrio horizontal y vertical de poderes**

El ECDSA de la *sexta ola* latinoamericana restauró la separación horizontal, funcional y tridimensional de poderes con controles equilibrados –desafiada o eliminada en la fase anterior–, basándose de nuevo en las tradiciones propias de dos siglos de trayectoria, y renovando, en el núcleo, la interacción política según el modelo ‘dualista’ entre un Presidente acentuado y un Congreso fuerte. Sin embargo, Venezuela retomó adicionalmente la antigua idea de Simón Bolívar de ampliar el modelo tridimensional, introduciendo en la carta de 1999 el cuarto poder ciudadano alrededor del Consejo Moral Republicano y el quinto poder electoral<sup>34</sup>.

##### ***a. La cuestión de la reelección presidencial***

Una de las grandes controversias de la *sexta ola* se refirió a la modificación de la tradicional prohibición de la reelección inmediata del Presidente, pues se intensificaron intentos a superar este elemento clave del anti-caudillismo latinoamericano con una larga trayectoria proveniente del siglo XIX. Según el argumento de posibilitar mayor estabilidad y continuidad gubernamental, abrieron la oportunidad para repetir inmediatamente un segundo turno: el Perú en 1993, Argentina en 1994, Brasil en 1997, Venezuela en 1999, Colombia en 2004, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y, finalmente, Honduras en 2015<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cap. IV-V *CP de Venezuela* de 1999. Vid. Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 42 y s, 108 y ss.

<sup>35</sup> P. ej., art. 112 de la *CP del Perú* de 1993; art. 90 de la *CP de Argentina* de 1994; art. 230 de la *CP de Venezuela* de 1999; *Acto legislativo colombiano* 2 de 2004. Véase Casal, *El constitucionalismo latinoamericano*, p. 222; García, *Sobre la problemática constitucional en el Perú*, p. 199; Landau, *Abusive Constitutionalism*, pp. 200 y ss; Mejía & Múnera, *Constitución*,



Sin embargo, la reforma constitucional peruana del año 2000 prohibió nuevamente la reelección inmediata luego de que el Presidente Fujimori (1990-2000) había impuesto su segunda reelección mediante una oscura *Ley de interpretación auténtica* (1996) y en vista de su autogolpe contra la anulación judicial de esta ley (1997)<sup>36</sup>. De igual forma, la Corte Constitucional de Colombia subrayó los límites inmanentes al ciclicismo democrático en 2010, prohibiendo la segunda reelección del mandatario Uribe a causa de varias irregularidades en la iniciativa normativa, mientras la reforma constitucional de 2015 restableció la prohibición de la reelección como tal<sup>37</sup>. Tampoco México quiso abandonar su prohibición de la reelección establecida en la carta de 1917. Sobre el tema se dieron en muchos países polémicos enfrentamientos que subrayaron la sensibilidad de la tradición del anti-caudillismo que pretende prevenir tendencias autocráticas.

En última instancia, experimentaron con la reelección *ilimitada* Venezuela, Nicaragua, Ecuador, Bolivia y Honduras. En primer lugar, se perpetuó, a través de la *Enmienda 1* de 2009 y el apoyo de la justicia constitucional, el gobierno caraqueño de Chávez (1999-2013) y su sucesor; segundo, siguió la jefatura managüense de Ortega (desde 2006) mediante una sentencia constitucional de 2009 –que declaró *inaplicable* la respectiva prohibición explícita de la carta– y la reforma constitucional 2014; tercero, una enmienda de 2015 quiso prolongar así el mandato quiteño de Correa (2007-2017), pero después de la renuncia voluntaria a usar esta posibilidad, el referéndum de 2018 eliminó la reelección indefinida; cuarto, Morales de Bolivia (2006-2019) logró, a través de la interpretación del Tribunal Constitucional de 2013, que no contó el primer periodo debido

---

*democracia y Estado autoritario*, p. 104; Romero, *La puerta alterna*, pp. 527, 541 y s; Sagüés, *Constituciones Argentina*, p. 129.

<sup>36</sup> Ley 27.365 de 2000, con respecto a la Ley 26.657 de 1996. TCP, exp. 002-96-I/TC, de 3.1.1997,

<sup>37</sup> CCC, C-141/10; Acto legislativo colombiano 2 de 2015.

al reemplazo de la constitución –en 2009–, pero el mandatario perdió por poco el referéndum constitucional sobre otra reelección en 2016, lo que el Tribunal Constitucional no aceptó y elevó, en 2017, la reelección indefinida al rango de un derecho político inalienable, en caso de la respectiva voluntad electoral del soberano; no obstante, la reelección del 2019 fue frenada por un golpe militar ante la controversia sobre la necesidad de una segunda vuelta. De igual forma, en Honduras los jueces de la sala constitucional declararon inconstitucional la constitución, permitiendo la reelección indefinida en beneficio del conservador Hernández en 2015.

Excepto Honduras, los ejemplos tenían en común el carácter de gobiernos de corte izquierda con ambiciones idealistas y respaldo popular que no quisieron perder su potencial de reforma por el abandono de su caballo de desfile. Percibieron que la prohibición de la reelección sirvió, en efecto, para estabilizar la posición fácticamente privilegiada de la tradicional élite por impedir cambios significativos del *status quo* durante los breves cuadrienios que llevan, en realidad, a una línea eterna de personajes semejantes que solo ascienden brevemente por encima de la ‘hermandad’ político-económica de los oligarcas *beta* para alinearse, solo poco después, de nuevo a la camarilla congresista. Por lo tanto, es dudoso el argumento opositor que registra un neo-autrocratismo, pues las elecciones materialmente libres son irreprochables, teniendo en cuenta que partidos populares incluso no disponen de recursos financieros para manipular elecciones tan eficazmente como los aristo-burgueses; tampoco convence el argumento de un presidencialismo *populista*, pues reflejar las ideas del pueblo –y no solo de la clase empresarial– es la idea conceptual de la democracia<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> *Enmienda 1 a la CP de Venezuela* de 2009; CSJN, SC, *sent. 504, exp. 602-09*, de 19.10.2009; art. 146 de *Ley 854 nicaragüense, reforma parcial de la CP* de 2014; TCPB, *sent. 003, exp. 02856-2013-06-CCP*, de 25.4.2013; TCPB, *sent. 0084/2017*, exp. 20960-2017-42-AIA, de 28.11.2017. Véase Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 44 y s; González, *El autoritarismo*

La perspectiva comparada ayuda a guardar las proporciones, teniendo en cuenta que Finlandia, Francia y Alemania han visto reelecciones consecutivas hasta 25 años del Presidente Kekkonen (1956-1981), 14 años del Presidente Mitterand (1981-1996) y tres Cancilleres federales fueron elegidos por cuatro cuadrienios –Adenauer (1949-1963), Kohl (1982-1998) y Merkel (2005-2021)–, en lo que nadie debe pensar que el poder del *alfa* ejecutivo de un sistema parlamentario sería menor. Parece evidente que América Latina se mueve por debajo del caudillismo institucional permitido y practicado en nombre de la estabilidad en algunos países europeos.

### ***b. La superación del estadositismo***

Entre los fines primordiales del constitucionalismo de la *sexta ola*, se indica la superación de la plaga del *estadositismo* abusivo que había servido, en los decenios anteriores, como el instituto estándar del anti-constitucionalismo autocrático, instrumentalizado para invalidar tanto la separación de poderes como los derechos fundamentales, haciendo de la excepción la regla y de la regla –el orden constitucional– la verdadera excepción. En particular, la *Constitución de Colombia* de 1991 rompió con el estado de sitio casi eterno en este país entre 1949 y 1991, limitando el periodo permitido a un término de 90 días con la posibilidad de prorrogarlo por dos periodos iguales, vinculando los decretos ejecutivos a la superación de la crisis concreta, prohibiendo la suspensión de los derechos fundamentales, eliminando la justicia penal militar frente a civiles, garantizando el funcionamiento normal de las demás ramas del poder público, e introduciendo el control inmediato de los decretos ejecutivos por parte de la Corte Constitucional. En la fase inicial de la transformación, la Corte actuó con reservas, pero anuló por primera vez un estado de sitio en 1995. De manera aun más

---

*latinoamericano en la 'era democrática'*, pp. 9-31; Vargas, *La reelección presidencial*, pp. 143-166; Viciano & Moreno, *Cuando los jueces*, pp. 165-198.

decisiva, la Corte Constitucional declaró inexecutable el decreto legislativo que buscaba una segunda prórroga del estado de conmoción interior durante el primer periodo presidencial de Uribe en 2003, así como al año siguiente el *Estatuto antiterrorista* del mismo mandatario –eliminando, de tal manera, un intento oscuro de reanimar el *ius barbarum* represivo de la anterior *Guerra Fría*<sup>39</sup>–.

Por su parte, la reforma constitucional chilena de 2005, atenuó las normas autocráticas de la era de Pinochet sobre los distintos estados de excepción. En ello, limitó el tiempo normal a 15 días con una sola prolongación, mitigó la profundidad de intervención, aumentó el control institucional y mejoró el control judicial, pero sin salir del esqueleto de la carta de raíz dictatorial y sin adecuar la ley orgánica de 1985<sup>40</sup>.

Desde el 2019, ante la ola transnacional de protestas sociales que criticaron, principalmente, la tensión irresuelta entre la democracia oficial y la injusticia social a gran escala, Colombia evitó la vuelta al estado de sitio, pese a que el Presidente emitió un oscuro decreto indirecto que autorizó a los alcaldes a tomar medidas análogas. Sin embargo, en países como Chile bajo Piñera, Bolivia bajo Ñez y Ecuador bajo Moreno, se pudo observar una preocupante tendencia al *neo-estadositismo* extensivo.

### ***c. La reanimación de la tarea normativizante del poder legislativo***

Una tendencia complementaria en el equilibrio de poderes, fue la reconstrucción y consolidación de la tarea legislativa en manos de los Congresos, revocando el anti-parlamentarismo de la fase del anti-constitucionalismo que había clausurado los

<sup>39</sup> Tít. 7 cap. 6 de la *CP de Colombia* de 1991; CCC, *Sent. C-327/03*; CCC, *Sent. C-816/04*. Comp. Uprimny, *La judicialización de la política*, pp. 47 y ss; Valencia V., *Cartas de batalla*, p. 23.

<sup>40</sup> Arts. 39-45 de la *CP de Chile* (versión de 2005). Cfr. Williams, *Causales para decretar el estado de excepción*.

Congresos por completo –en Argentina de 1976 a 1982, en Chile de 1973 a 1990 y en Uruguay de 1973 a 1985– o había transferido por lo menos la función normativizante al poder ejecutivo –así en Colombia, donde a la clausura dictatorial de 1949 a 1958 habían seguido tres decenios sin actividad legislativa de mayor impacto–. Por ejemplo, mientras la ley ambiental de Colombia de 1974 había sido expedida a través de un decreto presidencial, de habilitación genérica por parte del Congreso, su sucesora de 1993 fue una ley parlamentaria. Cabe destacar que la revitalización de los Congresos iberoamericanos se refiere al núcleo de las decisiones normativas primarias, mientras la delegación de la concreción de los detalles técnicos en la rama ejecutiva, parece una normalidad extendida en los Estados industriales modernos. Entre las excepciones de dicha tendencia general, se indica Venezuela, donde el *chavismo* usó varias leyes habilitantes según el artículo 203 de la constitución para gobernar mediante decretos, aprobadas en 1999, 2000-2001, 2007-2008, 2010-2012, 2013-2014 y 2015.

#### ***d. Impeachment y otros conflictos inter-orgánicos***

El juicio ante el senado o *impeachment* no fue nada nuevo en el constitucionalismo iberoamericano –ya existía en la constitución colombiana de 1821–, pero en la década de 1990 se inició una fase en la cual los Congresos usaron con mayor autoestima esta modalidad de la justicia parlamentaria sobre el Presidente por delitos del mismo. Es un buen indicador para la vuelta al dualismo del modelo presidencialista en vez de la subordinación parlamentaria en la *quinta fase*.

Precisamente, resultaron destituidos por el *juicio de revocación* cuatro Presidentes después de haber introducido reformas ‘neoliberales’ impopulares que llevaron a reproches de malversación y prácticas corruptivas. Se trató de Collor de Mello de Brasil en 1992 –condenado a la pérdida del mandato y a la inelegibilidad por ocho años–, Pérez de Venezuela en 1993 –condenado a la destitución y 28 meses de arresto domiciliario,

pero se escapó al asilo en EE.UU.–, Bucaram del Ecuador en 1997 –destituido por incapacidad mental, pero se escapó al exterior– y Fujimori del Perú en 2000 –por vacancia presidencial después de su huida preventiva–. Sin usar las formas del *impeachment*, en 2005, el Congreso ecuatoriano destituyó al Presidente Gutiérrez, utilizando el argumento del “abandono de cargo” según los términos del artículo 167 de la constitución de 1998 –aunque parece delicado subsumir una *mala* política dentro de la categoría del *abandono*–. Además, en 1999, renunció el Presidente paraguayo Cubas Grau ante la amenaza con el juicio parlamentario –en vista de denuncias de corrupción y asesinato de su propio vicepresidente–<sup>41</sup>.

Cabe destacar que, a veces, se manifestaron actuaciones muy grises entre el de *juicio ante el Senado* y un golpe de Estado. En ello, los golpes se caracterizan por ser sucesiones inconstitucionales que pueden identificarse por no cumplir con el procedimiento y los requisitos del juicio parlamentario, en particular, por no autolimitarse al requisito de juzgar delitos de peso que es inmanente a la lógica del sistema presidencialista, que no conoce la mera moción de censura del parlamentarismo europeo. En el siglo XXI, surgieron estos *golpes blandos* o postmodernos que buscaron derrocar a un Presidente por *impeachment* abusivo sin la teatral violencia castrense ahora desprestigiada. En particular, Congresos descontentos en manos de la respectiva burguesía derechista, destituyeron a dos gobernantes de la izquierda, Lugo del Paraguay en 2012 y Rousseff de Brasil en 2016, pese a que el constitucionalismo de corte presidencialista no permite ninguna destitución por meros desacuerdos políticos, ya que los delitos no fueron comprobables<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Kada, *Impeachment as a Punishment*, pp. 113-136; Llinás, ¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? pp. 202, 209; Pérez, *Presidential Impeachment*, pp. 15 y ss, 18 y ss, 24 y ss,

<sup>42</sup> Respecto a los casos: Anderson *et al.*, *Golpe en Brasil*; Dinerstein, *Impeachment or ‘Soft Coup’*; Echeverri U. & Duque A., *Política y constitucionalismo*, p. 67; Huertas & Cáceres, *Los golpes de Estado constitucionales en Latinoamérica*, pp. 28-35; Ríos, *Tres etapas del golpe ‘blando’ en Brasil*, pp. 183-204.

Otras modalidades de *soft coup* con participación del respectivo Congreso o partes del mismo pudieron observarse en Honduras y Bolivia. Ni siquiera buscó respetar la forma del *impeachment*, la destitución del Presidente Zelaya de Honduras (2005-2009) de tendencia socio-liberal, ejecutado después de tensiones del mandatario con el Congreso Nacional al estilo de un secuestro militar con una renuncia fingida y leída en el Congreso que llevó al nombramiento parlamentario de un oponente como sucesor *de facto*<sup>43</sup>. El hasta entonces último caso de *golpe postmoderno* ocurrió en Bolivia en 2019, donde las fuerzas militares presionaron al longevo Presidente Morales a la renuncia, con el efecto de que una minoría parlamentaria sin quórum –bajo la ausencia forzada de la mayoría de dos tercios del partido presidencial– eligiera a una sucesora *de facto*, precisamente a la segunda vicepresidenta del Senado Áñez que perteneció a la oposición de la derecha oligárquica, clerical y racista<sup>44</sup>.

De todos modos, el conflicto inter-orgánico más dramático se desarrolló en Venezuela a partir de las elecciones parlamentarias para 2016, cuando la oposición burguesa venció la estable mayoría absoluta del socialismo desde 2000 e inició una política ofensiva de destronar al Presidente socialista Maduro –electo en 2013 y reelecto en 2018–. Ante estas tensiones, en 2017, el Presidente llevó a cabo un auto-golpe, derrocando al parlamento por transferir sus competencias a una asamblea constituyente de

<sup>43</sup> Cfr. Nolte, *Verf.reformen u. Verf.krise*, pp. 28-45; Peetz, *Honduras, Von einem Militärputsch*, pp. 1-8.

<sup>44</sup> Para el turno vigente de 2015 a 2020, la legitimidad democrática del MAS fue: Presidente Morales 63,4 %, Cámara de Representantes 67,7 %, Senado 69,4 %. La crisis empezó con la afirmación estratégica de la oposición derechista de un supuesto fraude electoral en las elecciones del 2019 (turno a partir de 2020), según el cual el ganador reelecto Morales (47,1 %) hubiera evitado irregularmente una segunda vuelta electoral (la controversia se refirió a la ventaja requerida del 10 %), lo que nadie logró comprobar (aparte de las irregularidades menores que aparecen en casi toda elección latinoamericana), pero la comisión de la OEA –de mayoría derechista– quiso echar leña al fuego por publicar insinuaciones ambiguas de eventualidades. No se logró resolver esta crisis de modo constitucional-democrático.

bolsillo –electa, pero de composición cuasi unipartidista, pues los partidos de la oposición decidieron marginarse–, lo que reemplazó fácticamente la separación de poderes por la unidad de poderes, basándose en la finalidad de salvar la *revolución chavista*. Por su parte, en enero de 2019, el presidente del parlamento paralizado se auto-proclamó Presidente ‘interino’ del país con una abstrusa justificación pseudo-constitucional que afirmó, en contra de toda realidad, la vacancia presidencial, en lo que recibió el apoyo de EE.UU. y diversos países aliados por un reconocimiento intervencionista –que es ilegal según los estándares del derecho internacional público<sup>45</sup>–, pero este intento de un golpe de Estado internacionalmente respaldado fracasó. Factores como la dependencia unilateral de la exportación del petróleo –proveniente de la era puntofijista– y los barrios pobres más extensos de América Latina –con un origen en la misma época–, junto con la política estadounidense de inanición, echaron leña adicional al fuego conflictivo. En el momento de la escritura de este párrafo, el orden constitucional está disuelto y solamente es controvertible si Venezuela representa un fracaso trágico de un conflicto inter-orgánico, una demo-autocracia híbrida o una dictadura social, sin olvidar que en este escalado nadie de los participantes haya preservado un historial limpio<sup>46</sup>.

En síntesis, en los grandes conflictos inter-orgánicos de la historia reciente, se impuso típicamente el Congreso –excepto Venezuela–, es decir, el derrumbe de la confianza parlamentaria llevó normalmente a la destronización del mandatario –con medios constitucionales, fronterizos o extraconstitucionales–, lo que se jugó habitualmente según las disconformidades ideológicas en el binario izquierda-derecha y las fuerzas societales de fondo –populismo vs. oligarquismo–, aparte de elementos

---

<sup>45</sup> Se pueden reconocer países pero no gobiernos.

<sup>46</sup> Vid. Brewer C., *Reflexiones sobre la dictadura*, pp. 177-216; Kurtenbach, *Venezuela*, pp. 1-13; Weisbrot & Sachs, *Sanciones económicas como castigo colectivo, Venezuela*; Tirado S., *Venezuela, Más allá de mentiras y mitos*.



adicionales como enemistades personales e intrigas de palacio. Ante estos conflictos, el observador debe tener cuidado con simpatías sumarias para el ejecutivo o el legislativo, teniendo en cuenta las particularidades de los países, actores y dinámicas.

### ***e. La tercera rama agilizada: el garantismo judicial***

El reacomodamiento del equilibrio de poderes en la *sexta ola*, benefició también al poder judicial al estructurarlo en una variedad de altas cortes de justicia que incluían típicamente tribunales constitucionales especializados o salas constitucionales dentro de las cortes supremas. En ello, el elemento más innovador fue la transición de las mentalidades hacia el *juez crítico, creativo y materialmente independiente* que actuó cada vez más bajo la disposición de tomar las decisiones jurídicamente correctas aun cuando fueron políticamente incómodas.

#### *a. La activación de la justicia constitucional protectora e influyente*

El elemento de mayor impacto fue el ascenso de la justicia constitucional al papel de un actor clave del sistema de poderes bajo la adopción material del papel del *guardián y defensor de la constitución*. No fue novedoso el concepto como tal, pues el amparo constitucional se basó en una antehistoria a partir de Cundinamarca en 1811 y Yucatán en 1841, pero antes de la *sexta ola*, la justicia constitucional había mostrado típicamente una tendencia pasiva y sumisa, anticipando preferiblemente las expectativas del respectivo gobierno. De tal manera, las funciones de control se habían limitado al disciplinamiento esporádico de Estados federados en manos de la oposición y a asuntos no tan controvertidos en términos políticos. Además, en la era del anti-constitucionalismo, las altas cortes habían dado su visto bueno al estadositismo notorio y habían colaborado en la persecución de los supuestos enemigos públicos en vez de defender los derechos de aquellos.

En la era del ECDSA, diversas repúblicas crearon *tribunales constitucionales* especializados, separados de las cortes supremas. Preguntando por las inspiraciones, puede señalarse, por una parte, el diseño básico del patrón austríaco de 1920 y alemán de 1951, pero sin subestimar que hubo también modelos iberoamericanos anteriores a la *sexta ola*, en particular, el precursor cubano (1940-1952), así como Ecuador (1945-1946, desde 1967), Chile (1970-1973) y Perú (desde 1979). Entre los ejemplos nuevos pueden mencionarse la *Corte de Constitucionalidad de Guatemala* de 1985, el *Tribunal Constitucional de Chile* (desde 1989), la *Corte Constitucional de Colombia* de 1991 y el *Tribunal Constitucional de Bolivia* de 1998. Otros Estados dejaron permanecer la justicia constitucional en una sala particular de la Corte Suprema, por ejemplo Argentina, Brasil, Costa Rica, México y Venezuela. La ventaja de la corte constitucional especializada se reveló en combinación con la transición sistémica, pues así se abrieron perspectivas aumentadas de romper con la *path dependency* establecida: mientras en las cortes supremas continuaron los jueces del régimen anterior, entró al nuevo *guardián de la constitución* una renovada generación de juristas, muchas veces reclutada de los críticos y víctimas del sistema anterior, lo que pudo provocar un enfrentamiento entre las altas cortes, pero el mismo aumentó las oportunidades de implementar el pensamiento pro-iushumano<sup>47</sup>.

Entre las competencias típicas, la más relevante era la protección de los derechos fundamentales. Algunas veces, se mejoraron las opciones de defensa de los mismos a través de nuevos recursos acelerados y de fácil manejo como la *acción de tutela* colombiana, con la cual el ciudadano puede “reclamar ante los

<sup>47</sup> Arts. 268 y ss de la *CP de Guatemala* de 1985; arts. 81 y ss de la *CP de Chile* de 1980/1989; arts. 116, 239-245 de la *CP de Colombia* de 1991; *Ley boliviana 1.836* de 1998. En Chile, la carta de 1980 previó el *Tribunal Constitucional*, pero el mismo no fue realizado *materialmente* durante la dictadura. Cfr. López, *La justicia constitucional colombiana*, pp. 74 y ss, 82 y ss; Lösing, *Verf.gerichtsbareit*, pp. 134 y ss; 279 y ss, 313 y ss; Nogueira, *La defensa de la Constitución*, pp. 187 y ss, 202, 204 y ss; Romero, *Las acciones públicas de inconstitucionalidad*, pp. 50 y ss, 99 y ss.

jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” y solo hay “diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”<sup>48</sup>. En comparación con los recursos de amparo constitucional de Europa, esto fue revolucionario en términos de eficiencia y velocidad, lo que se justificó por el alto nivel de transgresiones que las autoridades habían aprendido en los decenios anteriores. En realidad, la *tutela* ascendió al recurso más estimado por el pueblo del país en mención<sup>49</sup>.

De todos modos, en muchos Estados iberoamericanos se inició un cambio significativo del papel de las altas cortes en el equilibrio de poderes, cuando los respectivos magistrados interiorizaron la idea de ser los *guardianes* de las normas constitucionales frente a violaciones por el gobierno, el Congreso, la administración pública o los jueces inferiores. Como el ejemplo más acentuado de la nueva creatividad, destacó la *Corte Constitucional de Colombia*. Ya a finales de los años 80, la anterior Corte Suprema había asumido un papel de control contra oscuridades de la era anti-constitucional, pues declaró inexecutable, en 1987, la aplicación de la justicia penal militar frente a personas civiles y, en 1989, la autorización legal del paramilitarismo<sup>50</sup>. A partir de 1991, la nueva Corte Constitucional se inspiró en la capacidad de control de la *Bundesverfassungsgericht* alemana y la recepción teórica por las traducciones del constitucionalista Alexy, pero superó rápidamente el nivel de actividad de su modelo. La lista de sentencias emblemáticas es larga. Por ejemplo, a partir de 1995, los guardianes de la

<sup>48</sup> Art. 86 de la *CP de Colombia* de 1991.

<sup>49</sup> En 2018: 607.308 acciones de tutela; Defensoría de Pueblo, *La tutela 2018*, p. 51.

<sup>50</sup> CSC, SP, *Sent. 20*, de 5.3.1987; CSC, SP, *Sent. 022*, de 25.5.1989. Sin embargo, en 1997, siguió la ambigua sentencia de la Corte Constitucional que autorizó la ‘seguridad privada’ de los *Convivir*; CCC, *C-572/97*.

carta controlaron los intentos abusivos de revivir los *estados de sitios*, rompiendo definitivamente con un elemento central de la mentalidad del anti-constitucionalismo. De igual forma, en 1997, declararon inexecutable partes del *Código penal militar* de 1988 bajo la idea de abolir el proteccionismo de los malhechores de la contra-insurgencia heredada, retransfiriendo la competencia para juzgar delitos contrarios a la dignidad humana a la justicia ordinaria, así como prohibiendo la vulneración de la igualdad punitiva por castigos menores de uniformados. En 1998, los magistrados defendieron la libertad de opinión y de información, anulando la *Ley del periodista* proveniente de 1975. Dos años más tarde, salvaguardaron las garantías del debido proceso contra un intento de reedición de los oscuros jueces sin rostro. Además, la *Corte Constitucional de Colombia* protegió en el 2004 los derechos fundamentales de la población desplazada, subrayando los deberes protectores del Estado, lo que fue un paso importante, si se evalúa la calidad constitucional en la capacidad de proteger a los más vulnerables. El mismo tribunal despenalizó, en 1997, la ayuda a la muerte digna (eutanasia) y solucionó, en 2006, uno de los conflictos típicos de la época, la cuestión del aborto, adoptando las tendencias internacionales en el sentido de una despenalización parcial de la mujer, así similar al primer modelo alemán de 1975 a 1992 en caso de ciertas indicaciones y no por plazos generales. Los casos sociales, ambientales y étnicos se señalarán en adelante en los respectivos subcapítulos. De todos modos, la jurisprudencia frecuente de la *Corte Constitucional de Colombia* sobre casi cualquier asunto jurídico, cambió también la cultura jurídica, de modo que muchos jueces comunes, profesores y estudiantes citan ampliamente estas sentencias en vez de la ley o la dogmática científica<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> CCC, Sent. C-466/95; CCC, Sent. C-802/02; CCC, Sent. C-358/97; CCC, Sent. C-087/98; CCC, Sent. C-392/00; CCC, Sent. T-025/04; CCC, Sent. C-239/97; CCC, Sent. C-355/06. Sobre T-025/04: Llinás, *Constitución y ética constitucional*, pp. 144 y s.

Asimismo, la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica* entró, a partir de la reforma judicial de 1989, al espectro activo, creativo y protector. También otros países elaboraron sentencias impactantes, por ejemplo la *Corte de Constitucionalidad de Guatemala* que declaró inconstitucional, en 1993, el autogolpe de Estado del Presidente Serrano, motivando el mismo a huir de su función y país. Por su parte, el *Tribunal Constitucional del Perú* eliminó, en 2003, a causa de una “acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos”, gran parte del oscuro derecho penal y procesal del enemigo público de la autocracia fujimorista, imponiendo de esta manera las garantías constitucionales del debido proceso y abriendo el camino para la anulación de cientos de condenas injustas<sup>52</sup>.

De las tendencias expuestas hay que exceptuar aquellas altas cortes que se caracterizan por un alto grado de influencia del poder ejecutivo en la composición personal, promovida en sistemas pro-reeleccionistas con longevos presidentes o en sucesiones de tipo príncipe heredero. El caso más llamativo es la Venezuela *chavista* con su Tribunal Supremo incluyendo la sala constitucional que apoyó con una enorme lealtad la latente autocratización bajo el Presidente Maduro a partir de 2013<sup>53</sup>.

### *b. La justicia transicional*

Paralelamente, surgió en Iberoamérica la justicia transicional en el sentido de manejar los abusos de los anteriores gobiernos del anti-constitucionalismo a través del derecho penal. La zona fue prácticamente la precursora mundial en liderar procesos penales contra ex gobernantes responsables de macro-delincuencia estatal.

---

<sup>52</sup> *Ley costarricense 7.128* de 1989; CCG, *exp. 225-93*, de 25.5.1993; TCP, *exp. 010-2002-AI/TC*, de 3.1.2003. Cfr. Feoli, *Las cortes super poderosas*, pp. 136 y ss; Landa, *Los ddff como límites*, pp. 103-129.

<sup>53</sup> Llanos & Tibi, *Die Justiz in Lateinamerika*, p. 2.

Entre los ex jefes de Estado condenados a largas penas privativas de la libertad, se encuentran tanto los dictadores argentinos Videla (1976-1981) y Viola (1981) en el marco del *Juicio a las Juntas* de 1985, como en 1993 el ex dictador boliviano García Meza (1980-1981). Siguieron en 2009 el ya mencionado ex mandatario del Perú Fujimori (1990-2000) y el último dictador uruguayo Álvarez (1981-1985) que recibió 25 años por 37 homicidios, además en 2010 el autogolpista uruguayo Bordaberry (1973-1976) que tuvo que pagar 30 años por atentados contra la Constitución en reiteración real con nueve crímenes de desaparición forzada y dos crímenes de homicidio político. Por su parte, el ex dictador guatemalteco Ríos Montt (1982-1983) resultó condenado, en 2013, a 80 años de prisión por el genocidio contra los mayas y otros crímenes de lesa humanidad, pero la Corte de Constitucionalidad anuló la sentencia por supuestas irregularidades procedimentales. El juicio sucesor se desarrolló a partir de 2015, pero no terminó, debido a la muerte natural del ex Presidente en 2018. De igual forma, el ex dictador chileno Pinochet (1973-1990) escapó de la condena esperada durante varios años de investigaciones con tácticas jurídicos-políticas hasta su muerte natural en 2006. De todos modos, a los ojos de las cortes de justicia, los auto-designados salvadores de la patria fueron simplemente asesinos y secuestradores, lo que tuvo un mayor impacto de educación popular en comparación con los reportes de las comisiones de verdad. De tal manera, la historia rechazó la acentuada figura *schmittiana* de la supuesta soberanía de los dictadores o señores del estado de sitio, pues, al fin, ninguno de ellos tuvo el poder de la última decisión por encima de la justicia republicana<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> CNCrim, *Causa 13/84*; CSJN, *Sentencia contra Luis García Meza y sus colaboradores*; CSJP, SPE, *Causa Fujimori*, exp. AV 19-2001; Juzgado penal 19º, Montevideo, *Gregorio Álvarez et al.*, sent. 0157, de 21.10.2009; Juzgado penal 23º/ 7º, Montevideo, *Juan M. Bordaberry*, sentencia de 9.2.2010; CCG, *Caso Ríos Montt*, exp. 1904-2013, de 20. 5.2013. Véase Laughland, *A History of Political Trials*, pp. 181 y ss; Rosales, *El juicio del siglo*.

En cambio, la Corte Suprema colombiana se enfocó en miembros de la rama legislativa. Después de la desmovilización paramilitar de 2005, los jueces se empoderaron al manejo punitivo de la llamada ‘parapolítica’, persiguiendo a múltiples miembros de la élite político-económica por la incitación y cooperación con los mortíferos ejércitos del terror pro-sistémico privatizado. En efecto, condenaron a más de 60 congresistas a penas privativas de libertad entre 2007 y 2018. Complementariamente, la justicia penal se dedicó a gobernadores, alcaldes, militares y policías que habían colaborado con la paraestatalidad mortal. En el momento de la escritura de este artículo, el periódico *El Tiempo* calcula al menos 250 altos funcionarios del Estado colombiano condenados<sup>55</sup>.

Sin embargo, estas tendencias punitivas compitieron en muchas repúblicas con la contra-tendencia de pacificar, en el espíritu de la tradición pactista y reintegradora del siglo XIX, por medio de amnistías e indultos<sup>56</sup>. Hasta la fecha, Brasil no ha anulado la ley de auto-amnistía de la dictadura militar de 1979, mientras Paraguay incluso nunca propuso ninguna ley semejante, pues bajo la continuidad del partido dictatorial en el poder, fue evidente que nadie tiene que temer nada. Además, subrayan ilustrativamente la ambigüedad de los decenios pos-transicionales, los cambios en el tratamiento penal del ex dictador argentino Videla, con dos condenas (1985, 2010), el indulto presidencial de 1990 y la muerte en la prisión en 2013.

### c. ¿Activismo judicial o garantismo profundo?

En el ECDSA de la *sexta ola*, los tribunales y salas constitucionales obligan a las dos otras ramas de poder a *anticiparse* en sus decisiones la probable interpretación de los derechos

<sup>55</sup> Red. Justicia, *Abren puerta*; Red. Verdad Abierta, *De la curul a la cárcel*; Rojas, *Razonamiento judicial en Colombia*, pp. 379 y ss; López et al., *Y refundaron la patria*, pp. 29 y ss, 79 y ss, 457 y ss.

<sup>56</sup> Cantón, *Leyes de amnistía*, pp. 265-291.

fundamentales por parte de los jueces. A través de la amenaza persistente con la última palabra, se juridifica la esfera política. De tal manera, no es falso advertir que el Estado del siglo XXI confía varias de sus decisiones más políticas a una especie de *consejo de sabios*, lo que establece un elemento aristocrático dentro del modelo de la democracia representativa. La legitimidad democrática del *guardián de la constitución* es solamente indirecta –excepto el Tribunal Constitucional de Bolivia con sus magistrados electos popularmente–, otorgada por el poder constituyente, por los intermediarios del procedimiento de nombramiento y por la confianza general que el pueblo expresa a los jueces máximos, pues la percepción de su moderación profesional sin intereses partidarios ni enriquecimientos corruptivos<sup>57</sup>, los hace aparecer como los verdaderos sucesores del mito milenario de los buenos Reyes-jueces por encima del mar revuelto de lo banal de la cotidianeidad.

No sorprende que algunos gobernantes y oligarcas parlamentarios se sientan incómodos con una tercera fuerza que reclama la última decisión. Varios oponentes hablan con connotaciones desdeñosas del *activismo judicial* y recomiendan la auto *restricción judicial*. En parte, son argumentaciones estratégicas según intereses temáticos, pero por la otra, se articula la duda general si este decisionismo no llevaría a una especie de soberanía judicial. Al respecto, no es falso señalar que el *Estado de Derecho* del siglo XXI ha asumido ciertos rasgos de un *Estado de los jueces*, pero esto no es nada malo en comparación con los peligros para la democracia constitucional que son inmanentes a aspirantes *alfas* y oligarcas y que se controlan a través de los jueces. Según la experiencia, las cortes constitucionales se han perfilado como las instituciones estatales menos propensas a ideologizaciones, particularidades y cortoplacismos, pues los procedimientos y la ética profesional alrededor de la ponderación cuidadosa y la argumentación racionalista se integran a un estilo consistente que protege eficazmente a los valores

---

<sup>57</sup> Sin embargo, hay excepciones, como ilustra el escándalo del cartel de la toga colombiano.



consagrados en la norma de normas. Los *guardianes de la constitución* no desvalorizan la democracia representativa, sino son un complemento comprobado y sabio de las otras dos ramas: quien toma los derechos en serio, debe entregar su protección a los jueces. La legitimidad democrática tampoco es menor a las otras dos ramas, pues todas son autorizadas por el pueblo soberano en su actuación originaria como poder constituyente y, también en términos socio-culturales, un juez que defiende derechos del pueblo muestra más credibilidad como demócrata que un congresista que se adscribe unilateralmente a intereses empresariales. Finalmente, en vez del concepto despectivo del *activismo judicial*, este escrito parte del *garantismo judicial* como un gran logro del presente<sup>58</sup>.

### ***f. Los partidos políticos***

Otro tema transversal de alto impacto en el equilibrio de poderes, fue el reconocimiento visible de los partidos políticos como fundamentos del proceso democrático, rompiendo con el agresivo anti-partidismo y unipartidismo durante la fase de las dictaduras. El constitucionalismo fundador del siglo XIX no los había previsto. Siguiendo las cartas cubana de 1940, venezolana de 1961, ecuatoriana de 1967 y la reforma mexicana de 1977, la *Constitución de Argentina* de 1994 acentuó: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres”. Con todo detalle, la *Constitución de Colombia* de 1991 ostentó su cuarto título sobre “la participación democrática y de los partidos políticos”, aludiendo explícitamente “el estatuto de la oposición”<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Comp. p. ej. las discusiones en: Arenas, *Participación ciudadana y activismo judicial*, pp. 167 y ss.; Feoli, *Las cortes super poderosas*, pp. 127 y ss; Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, pp. 149 y ss, 249 y ss; Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, pp. 153 y ss, 318 y ss, 968 y ss; López D., *La justicia constitucional colombiana*, pp. 121 y ss, 189 y ss, 216 y ss.

<sup>59</sup> Art. 38 de la *CP de Argentina* de 1994; art. 112 de la *CP de Colombia* de 1991. Véase Echeverri U. & Duque A., *Política y constitucionalismo*, pp. 314 y ss; Vergottini, *Las transiciones constitucionales*, pp. 76 y ss.

Similar a otros países occidentales, puede caracterizarse la contemporánea democracia representativa de Iberoamérica como un *Estado de partidos*. Como un fenómeno paralelo de la *sexta ola*, el espectro de los partidos políticos se diversificó, superando definitivamente la dicotomía libero-conservadora del siglo XX, lo que incluyó el ascenso de nuevos partidos más populares y menos oligárquicos, llegando a la nueva dicotomía típica entre *derecha e izquierda* en sistemas pluripartidistas.

### **g. Síntesis**

En comparación con el continente de las dictaduras y demócracias híbridas del año 1973 –cuando solo dos países iberoamericanos pudieron ser calificados como democracias, Costa Rica y Venezuela–, el Estado constitucional material ha logrado una victoria aplastante. En general, los sistemas de separación y equilibrio de poderes funcionan adecuadamente, sin la anterior concentración excesiva en la rama ejecutiva, pues en casi todos los lugares se observan Congresos que legislan con seriedad y tribunales que juzgan imparcialmente. Probablemente, la rama judicial iberoamericana –por lo menos en países como Colombia– ha ascendido a ser la más poderosa del mundo. No obstante, tampoco se logra impedir completamente las arbitrariedades parlamentarios, presidenciales o de aspirantes terceros, es decir, de vez en cuando se condensan todavía problemas serios como el *impeachment* abusivo en Brasil (2016), el conflicto inter-organico en Venezuela con dos partes que exageran (desde 2017) o el golpe de Estado en Bolivia (2019).

## **V. El perfil pluralista y el triángulo de valores liberales, sociales y ambientales**

Las constituciones iberoamericanas de la *sexta ola* muestran típicamente un perfil pluralista de valores, combinando ahora, de acuerdo con las necesidades de la sociedad industrial avanzada, los elementos del Estado liberal del siglo XIX, del Estado social de la primera mitad del siglo XX y del Estado ecológico de

finales del siglo XX, al estilo de un triángulo de valores. En otras palabras, el Estado constitucional republicano-democrático se ha transformado también en América Latina –de manera similar al escenario europeo y en contraste con EE.UU.– al *Estado constitucional democrático-social-ambiental*.

Cabe destacar que el pluralismo posmoderno tiene como consecuencia que la constitución misma no decide todos los conflictos entre los tres grupos de valores en eventual disputa, sino que asigna la ponderación de estos fines divergentes al campo de la política, según los resultados electorales. Por eso, sobre la base de documentos constitucionales similares, la una república realiza ideales gradualmente más socialistas, mientras la otra favorece políticas más ‘neoliberales’, aunque hay un límite fuerte de estas ponderaciones: deben respetar el núcleo de todo valor constitucional como inviolable. Tampoco deben subestimarse las diferencias graduales de diseño al interior del triángulo pluralista del ECDSA, dentro del cual aparecen, de manera particular, las cartas de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009 como los modelos de un nuevo estilo constitucional más socio-ambiental que liberal.

### ***a. El valor nuclear transversal: dignidad humana***

Como el núcleo de los derechos fundamentales, el *ius commune* constitucional de América Latina se enfocó definitivamente en el término conceptual de la dignidad humana. Partiendo de su raíz en el constitucionalismo social alemán de 1919<sup>60</sup>, el mismo se había trasladado tempranamente a la constitución boliviana de 1938, a las cartas ecuatoriana y guatemalteca de 1945, a la reforma mexicana de 1946, a Venezuela en 1961 y al Perú en 1979. Finalmente, la *sexta ola* se centró en la misma como el meta-principio integrador del Estado iusfundamental, así los respectivos artículos 1 de las constituciones brasileña de 1988, colombiana de 1991, paraguayana de 1992,

<sup>60</sup> Al respecto: Marquardt, *La Constitución de Weimar de 1919*, pp. 74 y s.

peruana de 1993 y chilena (reforma) de 2005, al igual como las cartas venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009 la incluyeron en diversos lugares.

### ***b. Tendencias en la esfera liberal***

De modo introductorio, cabe anotar que el constitucionalismo contemporáneo ha confirmado los catálogos clásicos de los derechos fundamentales de tipo liberal de la primera generación, que son comprobables en Hispanoamérica en todo el bicentenario del constitucionalismo moderno a partir de 1811. Sin embargo, la *sexta ola* llevó a varias profundizaciones de lo liberal que se ejemplificarán en seis subcapítulos, para terminar con una pérdida cualitativa en un cierto lugar.

#### *a. Estado de Derecho y supremacía constitucional*

En primer lugar, la *sexta ola* adoptó la terminología del Estado de Derecho, proveniente del *Rechtsstaat* en la *Ley fundamental* de la República Federal de Alemania de 1949. En cierto sentido había sido inmanente al principio de legalidad desde las primeras constituciones hispanoamericanas, pero los sustantivos expresivos contienen su propia fuerza de convicción. De todos modos, hubo que romper con el *Estado de medidas* fácticas que había predominado en la era anti-constitucional. El concepto en mención surgió, por ejemplo, en los primeros artículos de las constituciones colombiana de 1991, paraguayana de 1992, peruana de 1993, venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009.

Otra tendencia común fue la constitucionalización explícita del rango superior de la carta en la jerarquía normativa, negando aquellas ramas del iuspositivismo que habían legitimado cualquier norma de cualquier nivel con cualquier contenido, incluyendo los decretos *estadositistas* a través de las cuales el anti-constitucionalismo había suprimido los derechos constitucionales sin quitarlos del texto de la carta. Entre otras, la constitución colombiana de 1991 se auto-calificó como la

“norma de normas”, al igual que lo precisó la venezolana de 1999: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”<sup>61</sup>.

### *b. El derecho a la vida*

En la esfera iusfundamental, la *sexta ola* perfeccionó la tendencia del *alto liberalismo* de la mitad del siglo XIX de reconocer el derecho a la vida por la abolición de la pena de muerte. Se recuerda que Venezuela (1864), Costa Rica (1877), Ecuador (1897), Panamá (1904), Uruguay (1907) y Colombia (1910 [1863-1886]) habían sido los protagonistas mundiales. Mucho más tarde, el Perú siguió con la constitución aprista de 1979 en cuanto a los delitos comunes. Después de las persecuciones mortíferas en la era dictatorial, Argentina abolió la pena de muerte por la *Ley de defensa de la democracia* de 1984, la constitución de 1994 y la respectiva corrección del *Código de justicia militar* en 2008; Paraguay lo hizo por la constitución de 1992, Bolivia en la reforma penal de 1997 y la constitución de 2009, Chile en 2001 –pero con excepciones prolongadas en tiempos de guerra– y México siguió en 2005<sup>62</sup>. En cambio, en el derecho guatemalteco y cubano, se mantiene la pena de la eliminación física de seres humanos, aunque sin aplicarla desde 2000 y 2003, respectivamente. No obstante, también en múltiples otros países sobrevive una cierta actuación mortal del Estado que no es punitiva sino policiva y militar, por ejemplo, por excesos contra manifestantes pacíficos.

### *c. Garantías procesales penales*

Una política clave de la restauración de los derechos fundamentales liberales concernió a las garantías del imputado dentro

<sup>61</sup> Art. 4 de la *CP de Colombia* de 1991; art. 7 de la *CP de Venezuela* de 1999. Cfr. Quinche, *Derecho constitucional colombiano*, pp. 68 y ss.

<sup>62</sup> *Ley argentina* 23.077 de 1984; *Ley boliviana* 1.768 de 1997; *Ley chilena* 19.734 de 2001; *Decreto mexicano, reforma CP* de 2005.

del proceso penal, formuladas originalmente en la primera ola del constitucionalismo hispanoamericano. Hay que reconocer dos tendencias contradictorias: por una parte, fue ineludible limpiar sistemáticamente el derecho procesal penal del *ius barbarum* de la *quinta fase*, suprimiendo la multitud de normas excepcionales del *estadositismo* que habían sacrificado la seguridad ciudadana en nombre de la seguridad anti-terrorista, pero, por otra parte, se presentó la necesidad de superar el notorio déficit de eficiencia del aparato judicial y policial en cumplir con sus funciones básicas. En ese entonces, la *Constitución de Colombia* de 1991 formuló explícitamente un derecho fundamental de acceso a la justicia. Sin embargo, la *Ley de orden público* de 1993 transfirió de modo sumario y poco transparente 60 decretos *estadositistas* en normatividad permanente<sup>63</sup>.

#### *d. Los derechos de comunicación democrática*

En cuanto a la tradición bicentenaria de la libertad de expresión, las repúblicas posautocráticas restauraron la posibilidad material de articular y difundir cualquier tipo de opinión política, individual o colectivamente, depurando el derecho penal y administrativo de normas empleadas contra el flujo libre de las ideas.

En general, la reconstitucionalización alrededor de los años 90 promovió el ascenso de un derecho democrático de manifestaciones, por ejemplo, en forma de la *Constitución de Colombia* de 1991, que garantizó ahora que “toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente”, lo que la carta hermana de Venezuela de 1999 formuló como el “derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley”<sup>64</sup>. Sin embargo, uno de los procesos de aprendizaje más difíciles fue interiorizar que las manifestaciones críticas en el espacio público no fueron agitaciones sediciosas,

<sup>63</sup> Art. 229 de la *CP de Colombia* de 1991; *Ley colombiana* 104 de 1993.

<sup>64</sup> Art. 37 de la *CP de Colombia* de 1991; art. 68 de la *CP de Venezuela* de 1999.

sino al revés elementos valiosos del proceso de formación de la voluntad colectiva en la democracia comunicativa. Una última ola de violencia feroz ocurrió frente a las protestas populares contra las incipientes reformas ‘neoliberales’. El caso de mayor impacto fue la masacre venezolana del Caracazo de 1989, en la cual el ejército y la policía, bajo el mando del Presidente Pérez, causaron por lo menos 276 muertos, lo que llevó posteriormente a una condena por la Corte Interamericana en Derechos Humanos<sup>65</sup>. En 2003, se repitió la violencia ejecutiva contra manifestantes en Bolivia, cuando el ejército cometió la *masacre de octubre negro*, pero los supervivientes de los manifestantes triunfaron, pues presionaron al Presidente Sánchez de Lozada a la renuncia. No obstante, todavía en la ola de manifestaciones multitudinarias en países como Chile, Colombia, Ecuador y Bolivia de 2019, pudo observarse excesos de violencia por policías que se presentaron incluso más acorazados y mejor armados que los de la era dictatorial.

Además, el ECDSA implicó el restablecimiento de la tradicional libertad de prensa sin censura, ampliada por la contraparte del derecho a recibir información. No obstante, según el *ranking* mundial de *Reporteros sin Fronteras* de 2019, solo Costa Rica y Uruguay alcanzan buenos rangos comparativos (10 y 19 de 180 países), mientras Colombia tiene que contentarse con el rango 129, México con el 144 y Honduras con el 146, en lo que los problemas se trasladaron de actividades del personal estatal a la omisión por no garantizar ninguna seguridad mínima frente a amenazas por ‘desconocidos’, aparte de la autocensura impuesta por múltiples propietarios frente a sus reporteros<sup>66</sup>.

El constitucionalismo de la *sexta ola* tendió a tratar los medios de comunicación masiva –como la televisión, que se había difundido desde los años 50– de modo conector con la

<sup>65</sup> Corte IDH, *Caracazo vs. Venezuela*, sent. de 29.8.2002, FRC, C, 95.

<sup>66</sup> Reporteros sin Fronteras, *2019 World Press Freedom Index*, <https://rsf.org/en/ranking#> (13.2.2019).

libertad de prensa, pero tendió a transferir ambos juntamente a los derechos socio-económico y culturales –la carta boliviana de 2009 habló de la “comunicación social”–<sup>67</sup>. En Colombia, la legislación televisiva de 1995 y de 1996 retomó la perspectiva de la televisión como un “servicio público”, pero autorizó también el establecimiento de canales de la televisión privada. Para la última, ya no era oportuno el antiguo *estatus negativus* enfocado en la defensa del particular (empresario) frente a intromisiones, pues el problema político-societal fue mucho más la concentración informativa en poderosos monopolios y oligopolios privados que pusieron en peligro el pluralismo informativo exigido por la carta que es esencial para la sociedad democrática. Efectivamente, la concentración del poder de opinión en pocos miembros de la élite político-económica, posibilitó una nueva forma de compra de votos: la costosa propaganda sistemática y unilateral, difundida visualmente hasta el interior de toda vivienda, sirvió para dirigir los pueblos mayoritariamente pobres y poco educados hacia la aprobación electoral de políticas autolesionantes en beneficio de los intereses minoritarios del espectro burgués y libero-conservador<sup>68</sup>.

#### e. El laicismo definitivo

Además, el constitucionalismo de la *sexta ola* solucionó definitivamente la cuestión religiosa del *largo siglo XIX* en el sentido liberal del Estado laico<sup>69</sup>, materializando la larga ola de secularización socio-cultural en curso desde los años 60. Fue llamativo que, en 1993, la *Corte Constitucional de Colombia* anuló grandes partes del Concordato con la Santa Sede de 1973, postulando ahora de modo inequívoco la prioridad del derecho

<sup>67</sup> Véase p. ej. art. 124 de la *CP del Perú* de 1979; arts. 20 y 75-77 de la *CP de Colombia* de 1991; arts. 101 y 108 de la *CP de Venezuela* de 1999; arts. 106 y ss de la *CP de Bolivia* de 2009.

<sup>68</sup> Comp. Echeverri & Duque, *Política y constitucionalismo*, pp. 256 y ss; Mejía et al., *Teoría crítica de los medios de comunicación*, pp. 74 y ss, 107 y ss, 145 y ss.

<sup>69</sup> P. ej. el art. 19 de la *CP de Colombia* de 1991 y el art. 59 de la *CP de Venezuela* de 1999.



constitucional por encima del derecho canónico<sup>70</sup>. Solo Argentina y Costa Rica han conservado el catolicismo como religión oficial, aunque sin restringir la libertad individual<sup>71</sup>.

### *f. Últimas liberaciones*

Con la formación de la mentalidad pos-heroica después de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos y americanos se vieron desafiados por la exigencia de reconocer un derecho fundamental de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Varios Estados lo resolvieron por la desmilitarización de la sociedad, derogando la conscripción o por lo menos su aplicación, así Costa Rica y Uruguay en 1948, Argentina en 1994, el Perú en 1999 y el Ecuador en 2009, mientras casi todos los otros la redujeron al mínimo. En el último país con conscripción masiva, Colombia, la Corte Constitucional esperó hasta dos sentencias de 2009 y 2013 para tomar en serio el derecho a la objeción de conciencia, constitucionalizado en 1991, aunque el interesado todavía necesitó pasar por batallas jurídicas estresantes<sup>72</sup>.

Otra de las últimas liberaciones se refirió a la apertura de la vida matrimonial para parejas del mismo sexo. Típicamente, fue impuesta por la justicia constitucional que anuló las normas contrarias del respectivo Código civil, así en Argentina en 2009, en Brasil en 2013, en México en 2015, en Colombia en 2016, en Costa Rica en 2018 y en el Ecuador en 2019. Se trata de un tema impactante en términos iusteóricos, pues muestra bien la tensión entre un discurso de derechos y el principio democrático. Efectivamente, venció una nueva visión de justicia desde una posición minoritaria que no hubiera podido imponerse según el principio mayoritario –las encuestas calcularon los opositores

<sup>70</sup> CCC, *Sent.C-027/93*. Comp. Quinche R., *Derecho constitucional colombiano*, pp. 156 y ss.

<sup>71</sup> Art. 2 de la *CP de Argentina* de 1994; art. 75 de la *CP de Costa Rica* de 1949, con la reforma de 2001.

<sup>72</sup> CDH, *Informe analítico*, p. 17; Quinche, *Derecho constitucional colombiano*, pp. 167 y ss.

alrededor de las dos terceras partes de la respectiva sociedad—, mientras resultó invencible desde una reinterpretación como derecho humano y fundamental inalienable. Por su parte, Chile permitió la unión civil en 2015. En cambio, Bolivia, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela se niegan a ambas formas.

*g. Violaciones masivas en el último conflicto armado interno*

No es ningún gran secreto que los conflictos armados son tiempos pésimos para los derechos más básicos como a la vida, la integridad física y la libertad en sentido estricto. Solo un país de la zona no logró la salida de la conflictividad político-social de la era del anti-constitucionalismo: Colombia. A primera vista, la *Constitución política* de 1991 pareció como un símbolo de la vuelta a la paz territorial que quiso hacer todo de modo correcto. Según el concepto del constitucionalismo pluralista, se normativizaron la paz democrática e incluyente, la paz de la dignidad humana, la paz de la justicia social y la paz ambiental, aparte de especificar el derecho y deber a la paz. En contra de la voluntad de la constituyente, debe verse el contexto principal de la entrada en un camino especial, en la traición de la paz naciente por segmentos significativos de las élites alto-burgueses de corte derechista que vieron en el anticomunismo y la contrainsurgencia las estrategias más prometedoras para salvar su liderazgo tradicional.

Precisamente, el proceso de paz en curso desde 1985, fue saboteado de manera bidimensional, tanto por la excesiva paramilitarización rural que creó monstruosos ejércitos ‘privados’ para la caza guerrillera —que actuaron según la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana en Derechos Humanos en plena esfera de responsabilidad del Estado<sup>73</sup>—, como por el *politicidio* de más de 3.000 miembros y simpatizantes del par-

<sup>73</sup> Comp. las sent. 19 *comerciantes* (2004), *Mapiripán* (2005), *Pueblo Bello* (2006), *Ituango* (2006), *la Rochela* (2007).

tido político *Unión Patriótica* –principalmente compuesto por ex guerrilleros pacificados–, cometido por asesinos ‘desconocidos’ que velaron bajo la capa protectora de la institucionalidad inactiva<sup>74</sup>, lo que destruyó toda confianza mínima de la guerrilla socialista para una vuelta seria a la mesa de negociaciones durante dos decenios. Mientras la constitución de 1991 promulgó de modo aspiracional el derecho a la paz, las élites ultraderechistas buscaron una ‘paz’ vencedora a cualquier coste, radicalizando la violencia sistémica a dimensiones monstruosas: ninguna dictadura del Cono sur jamás había sido tan mortal.

El arte de la ingeniería jurídica consistió en crear un ámbito de estado de sitio en un país que había abolido el estado de sitio formal. El trueque decisivo consistió en la evaluación de la actividad militar en el interior a través de las gafas del llamado derecho internacional humanitario, es decir, el *ius in bello*, que contuvo un estándar protector más flojo que los tres sistemas normativos de los derechos humanos internacionales, los derechos fundamentales constitucionalizados y el derecho penal que protegen el derecho a la vida, a diferencia del *ius in bello*. En momentos en los cuales el Estado negó la existencia del conflicto armado, esto pudo ser radicalizado hacia un *bello sine ius*. De tal manera, se formaron dos zonas jurídicas más separadas que entrelazadas, con el *Estado normativo* –de derecho– en los principales altiplanos de la zona andina y en la franja central de la costa Caribe y el *Estado de medidas* –violentas– en las tierras bajas de clima caliente que fueron poco institucionalizadas y anárquicas, construyendo un muro virtual entre el territorio de la constitución y el otro territorio del flojo *ius in bello/bello sine ius* que es, efectivamente, *ius barbarum*.

El caso más emblemático de la *barbaria sine ius*, es el de los llamados *falsos positivos*: se refiere a más de 2.000 ejecuciones

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso M. Cepeda V./UP*, de 2010; JEP, *Abre el caso 06 UP*, de 4.3.2019; Pazos & Sánchez, *Graves violaciones de ddhh*, pp. 46 y ss., 64, 137, 180, 274 y ss., 278; CNMH, *Todo pasó frente a nuestros ojos*, pp. 21 y ss, 105 y ss, 183 y ss; Huertas D., *Genocidio y proceso de paz*, pp. 168 y ss.

extralegales cometidas entre 1988 y 2014 por las fuerzas armadas que secuestraron y asesinaron sistemáticamente a jóvenes pobres, los disfrazaron como guerrilleros caídos en combate y recibieron los elogios por su presunta eficiencia militar. En la actualidad, significa un formidable desafío para la rama judicial<sup>75</sup>.

Finalmente, en 2005 el Estado colombiano desarmó ‘sus’ 32 mil paramilitares y, en 2016, el Estado y la principal guerrilla lograron el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*<sup>76</sup> que recibió rango constitucional al año entrante. La perspectiva de éxito no es tan negativa, aunque reclama prudencia la tasa muy alta de asesinatos de líderes sociales y ex combatientes en el campo, así como el incumplimiento con la reforma rural acordada. El camino parece todavía largo<sup>77</sup>.

### ***c. La profundización de la democracia social***

La *sexta ola* no solo fortaleció el constitucionalismo liberal, sino consolidó del mismo modo o aun más el constitucionalismo de la democracia social. Independiente de la contrapresión del *Consenso de Washington* y de la retórica mercado-céntrica intensa de varios partidos políticos, no es posible encontrar una sola constitución latinoamericana de la *sexta ola* con un perfil puramente ‘neoliberal’. La fase más difícil del constitucionalismo social iberoamericano había tenido lugar entre 1949 y los años 80, mientras que la década alrededor de 1990 llevó a una distensión que fortaleció las tendencias originalmente establecidas en la *cuarta ola* entre 1917 a 1949.

<sup>75</sup> JEP, *Abre el caso 003 ‘Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado’*, de 23.7.2018; Corte IDH, *Caso Villamizar*, de 20.11.2018.

<sup>76</sup> *Ley colombiana 975 de 2005; Acuerdo final para la terminación del conflicto y la paz estable y duradera de 2016.*

<sup>77</sup> Sobre conflicto y paz en Colombia en detalle: Marquardt, *La paz territorial como paz judicial*, pp. 17-104.

### a. Los derechos humanos sociales

La iusfundamentalización de la responsabilidad social del Estado, fue prevista, conforme con la respectiva propuesta weimariana de 1919, desde cartas zonales como la peruana de 1920, la boliviana de 1938, la cubana de 1940 o la argentina de 1949, así como análogamente al constitucionalismo mundial de las Naciones Unidas de 1966. Por lo tanto, Iberoamérica tendió a entender los principios sociales como verdaderos derechos naturales y universales, por encima del poder dispositivo del Estado, es decir, el poder público puede concretarlos, pero no tiene la soberanía para negarlos o desvalorizarlos. En particular, las constituciones realmente nuevas como la brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la paraguaya de 1992, la peruana de 1993, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009, fueron muy detallados al respecto, al igual como México lo logró a través de múltiples reformas parciales, especialmente de sus artículos 3 y 4<sup>78</sup>.

Un buen ejemplo del empuje social es la *Constitución de Colombia* de 1991, la cual consolidó el camino nacional iniciado en la reforma constitucional de 1936 por retomar de la *Ley fundamental* alemana de 1949 la finalidad de servir como un “Estado social” (de derecho). En particular, estableció un capítulo detallado de 36 artículos sobre “los derechos sociales, económicos y culturales” que, entre otros, incluyeron los siguientes contenidos: “la asistencia de las personas de la tercera edad”; “se garantizó a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” y “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; “todos los colombianos

<sup>78</sup> Arts. 6-11 de la *CP de Brasil* de 1988, arts. 42-77 de la *CP de Colombia* de 1991; arts. 68-100 de la *CP de Paraguay* de 1992, arts. 4-29 de la *CP del Perú* de 1993, arts. 75-118 de la *CP de Venezuela* de 1999, arts. 12-55 de la *CP del Ecuador* de 2008 (“derechos del buen vivir”), arts. 16-20, 35-97, 104-107 de la *CP de Bolivia* de 2009. Vid. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pp. 31 y ss; Íd., *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*, pp. 20 y ss; Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, pp. 318 y ss, 965 y ss.

tienen derecho a una vivienda digna”; se reconoció un extenso catálogo de derechos para los trabajadores; se definió que “la propiedad es una función social que implica obligaciones” y se promulgó que “la educación es un derecho de la persona y un servicio público” con un carácter “obligatorio entre los cinco y 15 años de edad”, incluyendo su acceso universal y “gratuito”, cuando menos para los pobres. Todo esto requirió de la concreción por normas del derecho administrativo y, aun más, por múltiples sentencias diseñadoras de la Corte Constitucional que tomó los derechos sociales más en serio que los congresistas a menudo incumplidos<sup>79</sup>.

Fueron aun más detalladas e innovadoras las constituciones ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009. Recapitulando los subcapítulos del amplio catálogo boliviano de garantías con un total de 94 artículos, se detectan de modo diferenciado los derechos civiles, políticos, de las naciones indígenas, al ambiente, a la salud y a la seguridad social, al trabajo y al empleo, a la propiedad, de la niñez, de las familias, de las personas adultas mayores, de las personas con discapacidad, de las personas privadas de libertad, de los usuarios y consumidores y sobre la educación, cultura e interculturalidad, acompañados por los deberes fundamentales y las garantías jurisdiccionales y acciones de defensa. Este catálogo se despidió claramente del antiguo modelo del siglo XIX de meros derechos que sirvieron para la minoría de los burgueses comerciales y letrados, negando la efímera teoría de la supuesta jerarquía histórica que afirma la primacía de los derechos liberales. En cambio, la carta boliviana pretendió detectar sistemáticamente las necesidades del ser humano en la sociedad industrial moderna, transformándolas en derechos inviolables explícitos con el fin de hacer al ser humano capaz a superar situaciones de vulnerabilidad

---

<sup>79</sup> Arts. 42-77 de la *CP de Colombia* de 1991. Al respecto: Arango, *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*, pp. 20 y ss.; Romero, *Constitucionalismo social en América Latina*, pp. 84 y ss.; Íd., *El péndulo del constitucionalismo social*, pp. 277 y ss.; Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes*, p. 115.

frente a cualquier privación estatal, privada o estructural. Con un alto grado de diferenciación según contextos y ciclos de la vida moderna, apareció el ciudadano ambiental, el ciudadano social, el ciudadano familiar, el ‘ciudadano’ menor de edad, el ciudadano anciano, el ciudadano consumidor, el ciudadano indígena, *etc.* El Estado fue obligado a promover activamente la materialización en beneficio de todos los que pertenecieron a los grupos señalados, especialmente los más vulnerables<sup>80</sup>.

Varios países latinoamericanos ampliaron los derechos sociales por transferir explícitamente dos de las necesidades más básicas de la existencia humana en garantías al nivel constitucional. Uno de estos fue el derecho al agua, a través del cual se elevó un servicio público clásico del derecho administrativo al carácter de derecho fundamental. Por ejemplo, el Uruguay lo constitucionalizó por plebiscito en 2004 –bajo la garantía del monopolio estatal–, seguido por Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y México en 2012. En Colombia, la Corte Constitucional derivó este derecho del deber estatal a prestar los servicios públicos en 2011. Esta ola puede interpretarse como una reacción a diversos excesos y abusos en las reformas ‘neoliberales’ que privatizaron acueductos municipales, empeoraron la calidad, aumentaron los precios y quitaron el servicio a morosos, muy visiblemente en el duro conflicto social llamado la *guerra del agua* de Cochabamba en Bolivia. Por lo tanto, tampoco es ninguna casualidad que se basó en Bolivia la propuesta de reconocer internacionalmente el derecho al agua, lo que las Naciones Unidas formalizaron en 2010<sup>81</sup>. El segundo asunto de reforma fue el derecho a la alimentación suficiente, sana y de calidad. Ya la constitución colombiana de 1991 reconoció dicho derecho, pero de modo limitado en el catálogo de los derechos del niño. Fue constitucionalizado sin esta limitación en países como Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, Brasil en 2010 o México

---

<sup>80</sup> En particular, arts. 20 y 13 de la *CP de Bolivia* de 2009.

<sup>81</sup> Art. 47 de la *CP del Uruguay* de 2004; art. 12 de la *CP del Ecuador* de 2008; art. 373 de la *CP de Bolivia* de 2009; *Decreto mexicano* de 2012; CCC, *Sentencia T-740/11*.

en 2011<sup>82</sup>. Sin embargo, pese a que pocos latinoamericanos mueren de hambre, las Naciones Unidas parten de un nivel de subalimentación significativo: supera el 10 % de la población en Centroamérica, Venezuela, Bolivia y Paraguay y alcanza el 6,5 % en Colombia, mientras Cuba, Brasil y Uruguay muestran las tasas más bajas de la zona<sup>83</sup>. El problema central se funda en la ausencia de políticas sistemáticas de asistencia social.

Normativamente, el idealismo iberoamericano en los derechos sociales es impresionante y supera a las constituciones europeas –y aun más a la norteamericana socialmente ciega–. No obstante, de esta observación no puede deducirse una mayor calidad del Estado social, pues la materialización depende decisivamente de las respectivas normas del derecho administrativo y tributario –y en cuanto a ambas, América Latina muestra vacíos muy amplios–.

*b. La gran tensión: reformas ‘neoliberales’ versus consolidación de la democracia social*

Es preciso advertir que en la misma *sexta ola*, se dieron dos desarrollos contradictorios: la profundización del iushumanismo de la democracia social y las reformas estructurales llamadas ‘neoliberales’. Al nivel constitucional, la primera se presentó solemnemente en normas centrales, mientras las últimas aparecieron más de modo cifrado y escondido, sin mucho revuelo, casi como algo embarazoso. Esencialmente, el derecho ‘neoliberal’ fue derecho administrativo, pero de un nuevo tipo que suavizó la frontera hacia el derecho civil. En su núcleo, tendió a un Estado delegatorio que usó sujetos del derecho civil como prestadores de lo público a través de concesiones, obligándolos mediante deberes legislados y contratos públicos-privados, lo que la voz popular denominó ‘privatizaciones’.

<sup>82</sup> Art. 44 de la *CP de Colombia* de 1991; art. 13 de la *CP del Ecuador* de 2008; art. 16 de la *CP de Bolivia* de 2009; *Enmienda brasileña 64* de 2010; *Decreto mexicano* de 2011.

<sup>83</sup> FAO *et al.*, *Panorama de la seguridad alimentaria 2018*, p. 6



Principalmente, el neo-concesionismo afectó al seguro social y los servicios públicos.

Este no es lugar para discutir todos los contextos e implicaciones del paradigma 'neoliberal', pero cabe destacar que el modelo fue impuesto por las lejanas potencias del núcleo industrial, a través de la palanca de las instituciones financieras con sede en Washington, tanto por convicciones ideológicas de corte mercado-centrismo como por intereses duros de un *eco-imperialismo* que buscó consolidar las enormes huellas ecológicas de estas potencias mediante estrategias económicas que aseguraron un permanente metabolismo agro-minero a gran escala en beneficio del hedonismo de ellos. Por otra parte, se beneficiaron las élites locales que recibieron, por precios cómodos, los *cubiertos de plata* del Estado con las respectivas opciones atractivas de acumular ganancias. De todos modos, al neo-concesionismo fue inherente una tendencia a la ineficiencia, tanto por los intereses unilaterales de los prestadores privados hacia segmentos lucrativos de la sociedad como por la finalidad adicional de lo público que sirvió ahora, también, para financiar las enormes expectativas de ganancias de los accionistas y los salarios muy altos de los gerentes top; además, en situaciones de crisis los privados tendieron a escaparse hacia la bancarrota, dejando el manejo del respectivo escenario desolado para la garantía general del poder público.

En cuanto a las 'privatizaciones', pueden distinguirse tres tipos de países iberoamericanos: los que lo hicieron muy ampliamente, los que resistieron y los que revocaron total o parcialmente un intento inicial debido a malas experiencias. Con respecto a las pensiones, la ola privatizante despegó en la dictadura chilena en 1980, difundiéndose al Perú y Colombia en 1993, a Argentina en 1994, a Bolivia y Uruguay en 1996, a México en 1997 y a El Salvador en 1998. En cambio, Brasil, Costa Rica, Guatemala y Venezuela prolongaron el modelo público en manos del respectivo instituto nacional. Al estilo de un tercer camino, Uruguay permitió un modelo mixto bajo la supervivencia paralela de un pilar estatal con el derecho del ciudadano a

elegir. En cuanto a la esfera del seguro de salud, Colombia lo entregó a prestadores privados mediante la legislación de 1993, pero continuó prevaleciendo el modelo público en Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, México y Venezuela. Debido a experiencias dolorosas, especialmente Argentina y Bolivia tendieron a la recuperación del manejo público directo en la primera década del siglo XXI<sup>84</sup>.

Entre las materias más controvertidas de las reformas ‘neoliberales’, destaca el derecho laboral. Mientras las constituciones promulgaron solemnemente la sociedad laboral justa, en realidad se difundió una ola de desprotección con patrones neo-explotadores como contratos a término fijo, la intermediación laboral por servicios temporales o la circunnavegación del derecho laboral por contratos unilateralmente civiles como los de prestación de servicios<sup>85</sup>.

En síntesis, la democracia social constitucionalizada en todo el continente, fue desafiado por la puerta trasera, a través de un paquete de reformas *anarco-liberales* que rindieron homenaje a un modelo diferente que puede denominarse *econocracia* – el dominio de las élites económicas–. Mientras la democracia social se fundamenta en un iushumanismo, el neoliberalismo representa un anti-iushumanismo, lo que el constitucionalista Llinás ha calificado como la promoción de un “Derecho público multinacional y anti-constitucional”<sup>86</sup>.

### *c. El constitucionalismo pedagógico y el derecho a la educación*

Entre otros aspectos, el constitucionalismo social de la *sexta ola* de dedicó detalladamente a la educación, formulada, por ejemplo, en la *Constitución de Colombia* de 1991 como “un derecho de la persona y un servicio público que tiene una

<sup>84</sup> Cfr. Castro, *Salud y seguridad social*, pp. 7 y s; OCDE et al., *Panorama de las pensiones*, pp. 50 y ss, 71 y ss.

<sup>85</sup> Vid. Vega, *La reforma laboral en América Latina*, pp. 11 y ss, 34 y ss

<sup>86</sup> Llinás, ¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? pp. 185-264.

función social”, junto con el deber “que será obligatoria” hasta la edad de 15 años, bajo la enunciación de una variedad de fines pedagógicos orientados al bien común: “En todas las instituciones de educación [...] será obligatorio el estudio de la Constitución [...]. La educación formará [...] en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y [...] para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”<sup>87</sup>. La materia como tal no era tan novedosa, teniendo en cuenta, para corregir la extendida hipótesis de la ceguera social del constitucionalismo liberal del siglo XIX, que este mismo había incluido desde sus inicios un fin social particular: la educación pública, pues ya la constitución materna del republicanismo hispanoamericana, la de la República de Tunja de 1811, había previsto escuelas “en todos los pueblos” según el ideal de igualdad sin “preferencias ni distinciones, entre blancos, indios, u otra clase de gente”<sup>88</sup>.

No obstante, estas aspiraciones solemnes son contrarrestadas por una variedad de problemas estructurales: primero, llama la atención el camino especial latinoamericano del amplio grado de privatización de la educación que lleva a un régimen de *apartheid educativo* sin igualdad de oportunidades, con excelentes y costosos colegios privados para la élite y mediocres colegios públicos para los demás. Segundo, los informes PISA de la OCDE, realizados con frecuencia desde 2000 para medir el rendimiento de estudiantes de 15 años de edad, exponen en serie los países participantes de América Latina –entre ellos, Argentina, Chile, Colombia, México y Perú– entre los colistas con los peores logros educativos. Tercero, también en la educación universitaria se repite un amplio nivel de privatización, aunque en este caso sin el efecto de la mediocridad de lo público sino que, al revés, muchas privadas son meras *universidades de garaje* que venden títulos; en Chile la universidad privada ganó la mayoría de los estudiantes a partir de 1990 y,

<sup>87</sup> Arts. 67 y 41 de la *CP de Colombia* de 1991.

<sup>88</sup> Cit. por Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, p. 81.

finalmente, una cuota por encima del 70 %, mientras Colombia cuenta con una relación casi mitad-mitad entre lo público y lo privado, a diferencia de México donde el segmento privado nunca superó la tercera parte y en Argentina el mismo quedó por debajo de la cuarta parte; para comparar: en un *país del núcleo industrial* como Alemania, el 95 % de los estudiantes está matriculado en una universidad pública. Cuarto, algunos países de la zona muestran un pésimo empeño en el nivel top de la formación universitaria, pues Chile produce solamente 0,7 mil nuevos doctorados al año y Colombia 0,8 mil, mientras Argentina alcanza por lo menos 2,3 mil, México notables 9,3 mil y Brasil incluso 21,6 mil, lo que puede compararse con los 28,4 mil en Alemania. Quinto, de acuerdo con el punto anterior, solo el 7 % de los profesores universitarios de Colombia cuenta con el título de doctorado y en Chile el 19 %, es decir, la gran mayoría no está calificada para su profesión según estándares internacionales<sup>89</sup>.

En efecto, varios países de la zona solo promueven el 20 % de las capacidades de sus estudiantes y se contentan con un personal dirigente en Estado y economía de calificación sub-óptima. Puede concluirse que la realidad no cumple con las promesas constitucionales: ni en cuanto a la calidad ni con respecto a la ficción de la educación como un valioso bien público.

*d. El vacío sistémico y su efecto: la ausencia del aseguramiento básico y el proletariado informal*

La Corte Constitucional de Colombia adoptó en varias sentencias a partir de 1992, análogamente a la tradición jurisprudencial alemana desde 1954, el derecho al *mínimo vital* como concreción de la dignidad humana. Sin embargo, los jueces bogotanos circunnavegaron el paso a llenar esta aparente

---

<sup>89</sup> García & Quiroz, *Apartheid educativo*, pp. 137-162; OECD, *PISA 2018 Results, What Students know*, pp. 17-18; OECD, *Education at a Glance 2019*, p. 257; Duque et al., *Bases del Plan Nacional de Desarrollo*, p. 546; Díaz L. et al., *Formación docente en Chile*, p. 233.

promesa con el mismo contenido, pues limitaron el alcance esencialmente a calificar los ingresos básicos en relaciones laborales y pensionales *establecidas* en vez de obligar al Estado a materializar activamente la dignidad de los más vulnerables afuera de estas relaciones. Pese a toda retórica benevolente, no fueron dispuestos a reconocer la obligación pública a la asistencia social sistemática<sup>90</sup>.

De tal manera, se visibiliza la diferencia principal entre el Estado social europeo y su homólogo latinoamericano: los europeos reconocen la financiación pública subsidiaria pero sistemática y, en caso necesario, duradera de los costos mensuales de la vida digna de personas sin capacidad a sostenerse por ingresos de tipo mercado laboral o pensión, mientras los latinoamericanos se niegan a esta idea costosa y se contentan, en el mejor de los casos, con algunos programas *ad hoc* de alcance temporal, personal y/o zonal limitado sin verdadera institucionalización administrativa. Lo que en perspectiva europea es el elemento constitutivo y nuclear del Estado social solidario, queda ausente en Iberoamérica.

Como una excepción del estilo *ad hoc*, figuraron las pensiones asistenciales no contributivas. Esta atención básica para todo anciano pobre se estableció en Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Uruguay, Venezuela y, pese a su condición como uno de los países más pobres de la zona, Bolivia a través de su pensión universal de vejez, introducida en 2010<sup>91</sup>.

De todas maneras, mientras la asistencia social europea desconstruyó los barrios miserables de la primera fase industrial – omnipresentes alrededor de 1900– y evitó el establecimiento de un proletariado informal, el vacío latinoamericano promovió la formación de *slums* –omnipresentes alrededor de 2020– y dañificó enormes partes de la sociedad a la informalidad precaria.

---

<sup>90</sup> CCC, T-426/92 y T-015/95. También: SU-995/99, T-581 a/11, T-678/17 y T-716/17.

<sup>91</sup> Bosch et al., *Mejores pensiones, mejores trabajos*, pp. 36 y ss; Rojas Y., *Sistema de pensiones/ Bolivia*, pp. 221-241.

Las dimensiones cuantitativas no son de fácil acceso, pues el tema es delicado para los respectivos países, pero el promedio continental de la población urbana *slumificada* oscila entre la cuarta y la tercera parte y la tasa de informalidad incluye aproximadamente la mitad de la población<sup>92</sup>. Esta población de los nuevos barrios marginales urbanos de la segunda mitad del siglo XX e inicios del XXI, se ubica afuera de casi toda solidaridad republicana, con efectos secundarios como una enorme tasa de criminalidad.

### *e. La defensa judicial de los derechos sociales*

Típicamente, las constituciones iberoamericanas de la *sexta ola* siguieron la propuesta de la carta cubana de 1940 y configuraron las garantías sociales en la esfera de lo exequible a través de los jueces. Varias cartas se abrieron explícitamente a este logro como la peruana de 1993, la argentina de 1994, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009, a diferencia de Chile con su constitución de inspiración en el ‘neoliberalismo’ pinochetista y México con su larga tradición del *amparo* liberal. La Corte Constitucional de Colombia partió inicialmente de una compleja jerarquización de los derechos, bajo la prioridad de los liberales y la necesidad de interpretaciones particulares para los demás según el carácter del respectivo derecho, pero efectivamente aplicó estas interpretaciones crecientemente de modo pro-social<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Salazar & Chacaltana, *Políticas de formalización*, pp. 18 y ss; UN-Habitat, *Slums of the World*, p. 79.

<sup>93</sup> Art. 200 de la *CP del Perú* de 1993, art. 43 de la *CP de Argentina* de 1994, art. 27 *CP de Venezuela* de 1999, art. 11 III de la *CP del Ecuador* de 2008, art. 109 de la *CP de Bolivia* de 2009. Comp. Arango, *La justiciabilidad*, pp. 20 y ss; Arenas, *De la participación ciudadana*, pp. 149 y s; Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, pp. 438 y ss; Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, pp. 318 y ss, 965 y ss, 973 y ss; Landau, *Los derechos socioeconómicos sin transformación social*, pp. 265-304; Llinás, *Los derechos sociales*, pp. 508 y ss; López, *Constitucionalización y protección judicial*, pp. 27-41; Íd., *La justicia constitucional colombiana*, pp. 249 y s; Quinche, *Derecho constitucional colombiano*, pp. 316 y ss; Romero, *Derecho fundamental a la salud*, pp. 27 y ss, 37 y ss, 55 y ss; Saffon & García, *Derechos*

No obstante, como una herencia de la ideologización anti-comunista en la *Guerra Fría* (1946-1989), perduró una cierta oposición frente a la *justiciabilidad* de los derechos sociales. Sin embargo, fue cada vez menos plausible la afirmada prioridad natural de las libertades burgueses de prensa o de debate frente a necesidades básicas del ser humano como la alimentación y la vivienda. Tampoco resultó contundente la supuesta falta de precisión, pues todo derecho constitucional se formula de modo abstracto. De igual forma, contuvo sus dificultades el argumento del carácter antisistémico del *estatus positivus* con presión presupuestal, pues también garantías procesales del liberalismo clásico como el debido proceso requieren de la respectiva inversión estatal en el servicio de justicia. Irritó que la oposición esbozara el escenario de una desdemocratización por el recorte de las facultades tributarias del parlamento democrático, donde este mismo abusó de la predominancia de sus miembros burgueses para imponer privilegios tributarios en contra de la mayoría del pueblo. Convenció menos la afirmada incompatibilidad con la economía capitalista, donde esta última se transformó cada vez más en una economía social de mercado. Del mismo modo, es deshonesto negar la manejabilidad por parte de los jueces, si por ejemplo las cortes de la especializada jurisdicción social de Alemania, fundada en 1953, han logrado trabajar de modo estandarizado sobre disputas del derecho social.

En términos precisos, la Defensoría del Pueblo colombiano presenta cifras según las cuales casi las dos terceras partes de las *acciones de tutela* solicitan la protección de derechos sociales como la salud, el mínimo vital, la ayuda humanitaria, la seguridad social, la educación o la vivienda digna, lo que subraya la necesidad de la justiciabilidad, provocada por el pésimo empeño de la administración social semi-privatizada. En la Colombia de 2018, se contó un total de 607.308 *acciones*

---

*sociales y activismo judicial*, pp. 75-107; Uprimny, *La judicialización de la política*, pp. 51 y s; íd., *The Enforcement of Social Rights*, pp. 132 y ss.

*de tutela*, de éstas el 34,21 % relacionado con la salud, primordialmente solicitando tratamientos, el acceso a medicamentos, citas médicas rechazadas o cirugías negadas. En general, la cifra alta del 59,11 % de los fallos de primera instancia favoreció a los ciudadanos y, en materia de salud, incluso el 82,2 %. Es una nota de vergüenza para las privatizadas entidades promotoras de salud que quieren beneficiarse del subcumplimiento sistemático. Sin cambio del diseño básico del régimen de salud, el control judicial constante parece inexorable<sup>94</sup>.

No es falso afirmar que, en perspectiva mundial, la *Corte Constitucional de Colombia* asumió un papel de liderazgo en la defensa judicial de los derechos fundamentales de tipo social. A partir de 1992, trabajó creativamente en el diseño y la operabilidad de los mismos. Los magistrados precisaron el significado del *Estado social de Derecho* (1992, 1995, 2008), el *mínimo vital* (1992, 1995, 2011) y los *derechos del indigente* (1992). De modo exigente, se dedicaron al *derecho a la seguridad social* (2006, 2008), a las *pensiones* (2011), al *derecho a la salud* (2008, 2014), al *derecho a la educación* (2000), al *derecho a la vivienda digna* (desde 2007) y al *principio de la progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales* (2011). En cuanto a la salud, señalaron en la sentencia clave de 2008: “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. [...] Toda persona tiene el derecho de pertenecer al Sistema de Salud. [...] El derecho fundamental a la salud, comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad [...] Comprende el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran con necesidad”. Dicha sentencia llevó, en 2015, a la *Ley estatutaria por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud*. De tal manera, la Corte promovió transformaciones sociales en el espíritu de los derechos humanos, trabajando constructivamente en la superación de las resistencias y lentitudes de la política parlamentaria. En el contexto colombiano, la *Corte Constitucional* tiene que

<sup>94</sup> Defensoría del Pueblo, *La tutela 2018*, pp. 51, 53, 60 y ss.



defender los valores sociales tanto contra gobiernos liberoconservadores que no los estiman profundamente, como contra el escapismo notorio de los prestadores privados en deberes públicos delegados que no son tan lucrativos. Frente al negacionismo fiscal del gobierno, en 2014, los jueces subrayaron que el Estado dispone de recursos suficientes y argumentaron que la llamada “sostenibilidad financiera no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario” incluyendo el pobre sin capacidad de pago<sup>95</sup>.

*f. Sin impuestos progresivos sobre la renta no hay democracia social*

Entre las excusas de las bajas prestaciones del Estado social iberoamericano a los pobres, destacan imaginarios de supuestos países pobres sin suficientes precondiciones de desarrollo. Esto parece sumamente irritante para países que, en el mundo del presente, pertenecen a un nivel relativamente elevado de desarrollo y que disponen de mucha riqueza interna. El punto no es no tenerla, sino no usarla. En realidad, el problema más profundo de la estatalidad social iberoamericana, radica en la subfinanciación notoria por un sistema tributario premoderno que rechaza una suficiente redistribución de la riqueza interna en beneficio del bien común. En contraste con las transformaciones sociales del derecho tributario en los Estados del núcleo industrial desde la Primera Guerra Mundial, muchos países de América Latina defendieron enérgicamente la casi libertad tributaria de la élite político-económica, inversa al modelo estándar de los impuestos progresivos sobre la renta –que solo es previsto semánticamente en normas locales como el artículo 363 de la *Constitución de Colombia* de 1991–. En efecto, en 2019, la *cuota de contribuciones* (impuestos y otras cargas sociales),

<sup>95</sup> CCC, T-406/92; C-566/95; C-336/08; T-426/92; T-015/95; T-581a/11; T-533/92; C-111/06; T-701/08; T-716/11; T-760/08; T-202/00; T-1017/07; C-444/09; T-530/11; C-228/11; C-313/14; Ley estatutaria 1.751 de 2015.

medida como porcentaje del Producto Interno Bruto, alcanza solamente en tres países de América Latina una dimensión casi sólida –el 32,2 % en Brasil, el 30,8 % en Argentina y el 27,4 % en Uruguay–, mientras que se presenta todavía muy baja en Chile con el 20,4 %, en Colombia con el 19,9 %, en México con el 17,2 %, en el Perú con el 16 % y en Guatemala con el 12,6 %, lo que puede contrastarse con las cifras de los países exitosos del núcleo industrial –señalando el 45,9 % en Dinamarca o el 45,3 % en Francia<sup>96</sup>. El problema no radica en la frecuentemente citada corrupción individual, pues el diseño sistémico mismo entrega privilegios tributarios anacrónicos.

### *g. Observaciones conclusivas*

En términos comparativos, existen datos económicos que encarnan prácticamente notas de la calidad material de la estatalidad social. La medida más aceptada es el *coeficiente de Gini*, empleado por el Banco Mundial y las Naciones Unidas, que señala la igualdad o desigualdad de los ingresos en un cierto país. Desde los años 90, expone permanentemente a América Latina como la zona más desigual de todo el planeta. Dentro de esta plusmarca mundial, los países con la mayor polarización son Brasil, Colombia, Panamá, Honduras, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Chile –equivalentes a la nota *muy deficiente*–, mientras como los más moderados aparecen México, Argentina y el Uruguay –equivalentes a la nota *deficiente*–, en lo que se ubican todavía muy lejos de los valores nor y centroeuropeos –equivalente a la nota *suficiente*–. También llama la atención que por lo menos dos países de la zona mejoraron significativamente desde los años 90: Bolivia y Nicaragua<sup>97</sup>.

Complementariamente, es explicativo mirar a los ingresos muy altos, pues las reformas ‘neoliberales’ tenían el efecto que crecieron más rápidamente que todos los demás. Precisamente,

<sup>96</sup> Heritage Foundation, *2019 Index of Economic Freedom*.

<sup>97</sup> PNUD, *Índices e indicadores de desarrollo humano*, 2018, pp. 30 y ss.

se señala que en Brasil y Chile la parte del 10 % más rico de la población en los ingresos nacionales es del 55 %, a diferencia del 27-35 % en Europa occidental. Además, el 1 % más rico de los brasileños se reserva en sus manos el 28,3 % de los ingresos nacionales, el de los chilenos el 23,4 % y el de los colombianos el 20,4 %, mientras el 1 % superior de los franceses se apropia ‘solamente’ del 10,8 %<sup>98</sup>.

#### ***d. La tercera dimensión del triángulo de valores: el ascenso del Estado constitucional ecológico***

Una de las tendencias clave del ECDSA de la *sexta ola* fue la constitucionalización de la *revolución ecológica* que había empezado en los años 70 del siglo XX. La precondition más básica del desarrollo del derecho de la protección ambiental, radicó en la formación comunicativa de una conciencia colectiva por el haber entrado en un problema existencial de la humanidad, reconociendo la necesidad de proteger las bases naturales de la vida frente a los riesgos establecidos por el sistema de energía fósil y el metabolismo acelerado de las sociedades de la transformación industrial. No se trató de decisiones aisladas de países particulares, sino de una ola transnacional al nivel mundial –aunq en intensidades variadas–.

##### *a. La ecologización normativa*

Inicialmente, el derecho ambiental pareció como una de las ramas especializadas del derecho administrativo, manifestándose en normas con tal dedicación como la mexicana de 1971, la colombiana de 1974 o las ecuatoriana y venezolana de 1976. Paralelamente, América Latina empezó a incluir el ambientalismo en su sistema de valores fundamentales del derecho constitucional. Como el precursor zonal se comprobó México en

---

<sup>98</sup> Cifras según World Inequality Database, *Top 10 % National Income Share*, Íd., *Top 1 % National Income Share*. Comp. Alvaredo et al., *World Inequality Report 2018*, pp. 9, 101, 103, 139-140.

1971, con una mención muy breve que representó, junto con la reforma suiza del mismo año, la constitucionalización pionera a nivel mundial. Resultó más exigente la *Constitución política* del aprismo peruano de 1979 que previó un derecho y deber fundamental con respecto al “ambiente saludable, ecológicamente equilibrado”. No obstante, la gran ola se dio en el marco de la reconstitucionalización pluralista a partir de la carta de Guatemala de 1985, incluyendo las nuevas normas supremas o reformas de Nicaragua de 1987, de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de Paraguay de 1992, de Argentina y Costa Rica de 1994, de Uruguay de 1996 o de Venezuela de 1999<sup>99</sup>.

Como la primera manifestación del constitucionalismo ecológico de la década de 1990, puede reconocerse la exigente *Constitución de Colombia* de 1991 que normativizó, con mucha atención a los detalles, casi *todo* elemento discutido en las ciencias jurídicos-ambientales alrededor de 1990: un fin y deber estatal de proteger, un derecho fundamental ambiental del ciudadano, un deber ambiental de los particulares de no sobreexplotar, la redefinición de la propiedad con función ambiental al lado de la limitación social, la economía ambiental, un objetivo educativo en lo ambiental, el lema de la sostenibilidad, así como proporcionando las acciones populares para defender el ambiente y la *tutela* en torno al derecho ambiental<sup>100</sup>. De manera semejante, puede considerarse innovadora la *Constitución de Venezuela* de 1999 que señaló la combinación entre derecho y deber ambiental, la justicia intergeneracional, el fin estatal y los medios ambientales particulares que deberían ser protegidos. Tanto el texto colombiano como el venezolano

---

<sup>99</sup> *Reforma const. mexicana* de 1971; art. 123 de la *CP del Perú* de 1979; art. 19 n° 8 de la *CP de Chile* de 1980; art. 97 de la *CP de Guatemala* de 1985; art. 60 de la *CP de Nicaragua* de 1987; arts. 8 *et al.* de la *CP de Colombia* de 1991; art. 7 de la *CP del Paraguay* de 1992; art. 41 de la *CP de Argentina* de 1994; art. 50 de la *CP de Costa Rica* (reforma de 1994); art. 47 de la *CP del Uruguay* (reforma de 1996); art. 127 de la *CP de Venezuela* de 1999.

<sup>100</sup> Arts. 8, 49, 58, 63, 67, 79-80, 88, 96, 267-268, 277, 300, 333-334 y 366 de la *CP de Colombia* de 1991.

superaron en su idealismo y precisión a la reforma alemana de 1994 y la carta suiza de 1999<sup>101</sup>. Mediante la inclusión en la categoría de los derechos fundamentales, ambas constituyentes reconocieron del rango *iusnatural* de lo ecológico<sup>102</sup>.

Paralelamente, surgieron teorizaciones que propusieron términos conceptuales como el *Estado constitucional ecológico* o el *Estado ambiental de derecho*<sup>103</sup>. El autor del presente texto propuso originalmente, en 2003, el primer concepto señalado, pero prefiere en el presente el enfoque en el pluralismo tridimensional como el *Estado constitucional democrático, social y ambiental*<sup>104</sup>.

Dos constituciones de la primera década del siglo XXI perfeccionaron la co-identidad ambiental del Estado constitucional. La primera de estas fue la *Constitución del Ecuador* de 2008 que “reconoc[ió] el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* [...] y declar[ó] de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”. La otra fue la *Constitución de Bolivia* de 2009 con disposiciones muy detalladas en por lo menos 27 artículos que significan, en su conjunto, uno de los manifiestos verdes más ambiciosos que existen en el mundo contemporáneo, pues se dedicó a *todas* las dimensiones de la cuestión ecológica y sostenibilidad ambiental, incluyendo la justicia inter-generacional e internacional<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Art. 127 de la *CP de Venezuela* de 1999.

<sup>102</sup> En Colombia aclarado por CCC, *Sent. T-536/92*.

<sup>103</sup> Comp. p. ej. Montoro, *El Estado ambiental de derecho*, pp. 3437-3466; Mesa, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*, pp. 363 y ss.

<sup>104</sup> Marquardt, *Teoría integral del Estado* II, título y pp. 273 y ss, 437 y s, 500 y ss.

<sup>105</sup> Art. 14 de la *CP del Ecuador* de 2008; arts. 9, 33, 80, 108, 135, 255, 298, 312, 316, 319, 337, 342, 344-347, 349, 357, 379-381, 385, 387, 389-391 y 402 de la *CP de Bolivia* de 2009.

No obstante, tampoco debe desconocerse que la carta boliviana contiene, paralelamente al enfoque ambiental, diversas normas acentuadamente desarrollistas que permiten ponderaciones en beneficio de la degradante agricultura y minería industrial.

Cabe destacar que la *Constitución del Ecuador* de 2008 exhibió un elemento adicional, pues el capítulo dedicado a los “derechos de la naturaleza”, complementó la perspectiva antropocéntrica con una connotación biocéntrica. Se definió la naturaleza como un sujeto jurídico “donde se reproduce y realiza la vida”, con derechos propios como el de recibir el respeto adecuado para la “regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”<sup>106</sup>. Más tarde, Colombia adoptó el mismo enfoque a través de una sentencia de la Corte Constitucional de 2016 que reconoció los derechos propios de la naturaleza en pro del río Atrato, lo que de la Corte Suprema aplicó en 2018 a favor de la selva Amazónica. En la primera de estas, los jueces “part[ieron] de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asum[ieron] que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie”<sup>107</sup>.

Además, la carta ecuatoriana de 2008 postuló una conexión entre el derecho ambiental y la antigua deidad incaica de *Pachamama* como *Madre Tierra*. Esto puede entenderse como una propuesta de establecer una propia legitimidad americana más allá de las figuras del derecho euro-occidental, pero desvía del carácter eminentemente occidental de la revolución ecológica que es eventualmente antiliberal, pero de ningún modo antieuropea. Adicionalmente, puede ser interpretado como un romanticismo indigenista (también el romanticismo viene del siglo XIX europeo) que se aleja de los problemas duros de la reforma ambiental en las mega-ciudades modernas y sus enormes *huellas ecológicas*.

<sup>106</sup> Cfr. Acosta, *Derechos de la naturaleza y buen vivir*, pp. 21-28; Gudynas, *Politische Ökologie*, pp. 215 y ss; Ortega, *Constitucionalismo ambiental y derechos ambientales*, p. 63; Vargas, *El derecho al medio ambiente*, pp. 257 y ss.

<sup>107</sup> CCC, *Sent. T-622/16*.

*b. ¿Derechos o deberes ambientales?*

Mientras diversas constituciones europeas como las de Alemania, Suiza o Polonia diseñan el constitucionalismo ecológico a través de fines estatales de la protección ambiental, predomina en América Latina el anclaje en los derechos fundamentales, con excepción de la reforma constitucional uruguaya de 1996 que formuló un fin estatal y deber fundamental<sup>108</sup>. El estilo iusfundamental, defendido en la influyente teoría integral de Mesa<sup>109</sup>, coincide con el derecho-centrismo que es propio a los dos siglos del constitucionalismo hispanoamericano, pero debe ser claro que se extiende una figura de origen liberal a un concepto dedicado a la superación de los excesos de libertad de los particulares –sean personas naturales o jurídicas–. Mejor dicho, la perspectiva del derecho fundamental entra en peligro de ocultar que la idea clave del derecho ambiental no es *autorizar* nuevas esferas de actuación, sino que consiste mucho más en *limitar* la destrucción de los sistemas naturales por las diferentes formas del uso humano. No hay duda seria de que los métodos básicos del derecho administrativo ambiental consisten en prohibir, establecer límites, obligar a filtrar o no usar y castigar en caso del no respeto.

No obstante, el enfoque hispanoamericano en los derechos ambientales encuentra su justificación en el amplio nivel de desconfianza frente a los poderes legislativos ‘econocráticos’ de una zona del mundo en la cual los Congresos no se componen tanto de políticos profesionales bien educados, sino mucho más de miembros de la élite económica con intereses propios de lucro y explotación. En un ámbito con estas características, es plausible hacer del ciudadano el guardián del ambiente en vez de esperar que congresistas no tan interesados cumplan con su deber legislativo.

<sup>108</sup> Art. 47 de la *CP del Uruguay* (reforma de 1996).

<sup>109</sup> Cfr. Mesa, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*, pp. 41 y ss, 91 y ss.

En particular, el constructo del derecho fundamental ambiental facilita y agiliza la justiciabilidad, haciendo de los jueces los defensores del ambiente, teniendo en cuenta su mayor confiabilidad en comparación con los congresistas. Cabe precisar que el carácter básico es aquel de un *derecho colectivo*, con contenidos no menores a un fin estatal, pero a diferencia de este, también es exigible por el ciudadano consciente a través de los jueces, y no solo por el individuo inmediatamente afectado en sus derechos subjetivos como vecino.

De todos modos, no deben subestimarse las tensiones entre los derechos ambientales y los derechos liberales y sociales: las máximas eco-jurídicas no solo afectan posiciones liberales como la propiedad o libertad de industria, sino también sueños sociales como el *American Way of Life* para todos. No se trata de tres manifestaciones de lo mismo, sino que entran con frecuencia en contradicciones que deben ser ponderadas responsablemente. En ello, es cierto que el *Estado constitucional democrático, social y ambiental* transforma definitivamente el *Estado de derechos subjetivos de defensa* del liberalismo histórico en un modelo mixto con un *Estado de deberes* que se dedica al deber global de no exceder la *huella ecológica* planetaria, nacional e individual. En este sentido, el triángulo de valores liberales, sociales y ambientales contiene una jerarquía natural, pues todo realismo según las ciencias naturales obliga a reconocer un *derecho natural per se* que limita tanto las libertades individuales como las garantías sociales a decisiones dentro del espectro de la previsión y precaución ambiental que tiene que orientarse en las capacidades inherentes al único planeta disponible para la existencia de la humanidad.

### *c. La justicia constitucional y administrativa en asuntos ambientales*

Desde los años 90, el constitucionalismo ecológico se reflejó también en una gran variedad de sentencias de la justicia constitucional, por ejemplo, en Colombia, donde la Corte



Constitucional defendía, en el año 1992, los derechos ambientales de los vecinos del Rioseco cundinamarqués contra la contaminación del agua, de origen empresarial y, en el mismo año, a la población de la península de La Guajira frente a los excesos de la industria minera del carbón. En 2010, la misma Corte precisó el carácter de una constitución ecológica que obliga a la actuación preventiva del Estado, cuando los magistrados salvaguardaron la potestad sancionadora de la administración pública. Se añadió, en 2016, el ya citado reconocimiento de los derechos propios de la naturaleza en pro del río Atrato en la selva Pacífica, amenazado por la inactividad de las autoridades frente a la minería ilegal<sup>110</sup>.

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respondió, en 2004, a una acción popular y defendió los derechos colectivos de los cundinamarqueses contra la extrema contaminación del río Bogotá, asociada tanto con el estilo inactivo y permisivo de la administración pública como con las resistencias colectivas frente a la depuración. Los jueces ordenaron el saneamiento del río, lo que el Consejo de Estado tuvo que confirmar en 2014, debido al alto nivel de incumplimiento. Puede verse comparable la sentencia de la Corte Suprema de Argentina que ordenó, en 2008, el saneamiento del río Matanza-Riachuelo en Buenos Aires<sup>111</sup>.

También en otras repúblicas latinoamericanas, las cortes de justicia empezaron a defender los derechos ambientales de sus ciudadanos. Por ejemplo, en 2006, el Tribunal Constitucional de Perú juzgó en el caso del pueblo minero y metalúrgico de La Oroya en un valle alto-andino, considerado uno de los lugares más contaminados del mundo –de modo tridimensional del suelo, aire y agua–, a favor de la salud de la población local, obligando a la administración pública a tomar medidas urgentes

---

<sup>110</sup> CCC, *Sent. T-536/92*; CCC, *Sent. T-528/92*; CCC, *Sent. Sentencia C-703/10*; CCC, *Sent. T-622/16*. Véase Romero, *El principio del desarrollo sostenible*, pp. 398 y ss.

<sup>111</sup> CE, SCA I, exp. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01, sent. de 28.3.2014. *Vid.* Delgado, *Políticas públicas, juez constitucional y derechos sociales*, pp. 179-203.

para proteger a los afectados del envenenamiento permanente con plomo, arsénico, mercurio, material particulado, dióxido de azufre, *etc.*, por parte del propietario estadounidense de la planta metalúrgica privatizada desde 1997. Sin embargo, en vez de invertir para cumplir con los estándares ambientales, la empresa transnacional se declaró en insolvencia en 2009 y la empresa liquidadora motivó a los obreros a ponerse en una serie de huelgas, en pro de su propia intoxicación permanente, según el lema: mejor morir de la contaminación en vez de sufrir de hambre. Para inicios de 2020, está en proceso la transferencia a los trabajadores que pretenden reactivar la planta. Es un buen ejemplo que subraya las posibles tensiones entre fines sociales y ambientales<sup>112</sup>.

#### *d. Aterrizando en la tierra: la eficacia limitada del constitucionalismo ecológico*

Según el idealismo de los textos constitucionales, uno podría esperar que América Latina fuera un paraíso del derecho ambiental, pero la realidad es otra. La calidad protectora no depende tanto del idealismo constitucional, sino mucho más del diseño y eficacia del derecho administrativo ambiental con sus procedimientos de autorización, requisitos, prohibiciones, órdenes de saneamiento y sanciones.

Por ejemplo, en cuanto al aire y agua, resultan de alta relevancia los valores límites de la contaminación máximamente permitida y, además, la imposición de éstas por parte de las autoridades, pero en ambas disciplinas América Latina no alcanza los niveles protectores establecidos en los Estados precursores. Además, en el derecho de basuras, la normatividad continúa permitiendo el antiguo esquema de la deposición en extensos basureros urbanos, tolerando contaminaciones graves del suelo, agua y aire. Los conceptos de una economía cíclica

---

<sup>112</sup> TCP, *exp. 2002-2006-PC/TC*, de 12.5.2006. Véase Meza, *Judicial Enforcement and the Protection of the Right to Health and the Environment*, pp. 169-184.

se encuentran todavía en una fase incipiente. De igual forma, la selva Amazónica continúa siendo deforestada, como si las leyes protectoras no existieran. Asimismo, el derecho local de protección del clima mundial contra la amenaza por las emisiones de dióxido de carbono que llevan al calentamiento global, no supera las manifestaciones de la buena voluntad en países donde gigantescas empresas estatales producen las versiones básicas de los gases de efecto invernadero –petróleo y gas natural–.

Entre las excusas más frecuentemente planteadas para justificar la materialización subóptima del derecho ambiental en Latinoamérica, se detectan argumentaciones con los altos costos y la escasez presupuestal, las rivalidades de competencias, los desacuerdos intra-administrativos, las dificultades en lograr una contratación pública sin errores, las preocupaciones sobre efectos negativos en el clima inversionista, la primacía del desarrollo industrial –al estilo de querer desarrollarse primero para reparar posteriormente los daños con las ganancias– y la conservación o creación de puestos de trabajo. Muchos funcionarios y ciudadanos latinoamericanos han interiorizado las teorías económicas del siglo XX y el sueño estadounidense de un crecimiento económico progresivo y desarrollismo ilimitado hasta el cielo en la Tierra para todos, sin abrirse enteramente a los debates científicos de la sostenibilidad ambiental en un planeta limitado. En el fondo, es una experiencia dolorosa para los países semi-industrializados aprender que el camino hacia la riqueza colectiva mediante la combustión masiva de carbón mineral y petróleo, es decir, el camino histórico de los Estados más exitosos del industrialismo, es inevitablemente bloqueado para la futura transformación de ellos mismos. Pero de este choque, puede crecer también una nueva autoestima más realista con base en no querer repetir los errores de sobredesarrollo del supuesto primer mundo: a fin de cuentas, los más sostenibles pueden tener el aliento más largo.

### ***e. El constitucionalismo de la diversidad étnica***

Otra fuerte corriente del ECDSA de la *sexta ola* fue el constitucionalismo étnico que rompió con la tendencia del liberalismo del *largo siglo XIX* de homogeneizar la diversidad cultural y lingüística del Antiguo Régimen dentro de la unidad de la nación masificada, individualizada, igualitaria e hispanoparlante. El enfoque en un conjunto de individuos con iguales derechos había representado, seguramente, un concepto integrador y no excluyente; no obstante, se pagó el precio de la extinción de numerosos idiomas, como el muisca del altiplano cundiboyacense de las zonas centrales de Colombia.

#### *a. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas*

La tendencia a reconocer la existencia de etnias con un perfil lingüístico-cultural diferente del ideal euro-ibérico, tiene una antehistoria, pues, a partir de la carta ecuatoriana de 1897, apareció esporádicamente en normas constitucionales dedicadas a algún nivel de protección especial, mientras el multilingüismo se incorporó por ejemplo en la *Constitución de Paraguay* de 1967. Estas tendencias se profundizaron y se difundieron alrededor de 1990. El redescubrimiento de la diversidad cultural coincidió, primero, con las tendencias análogas del post-nacionalismo en Europa, por ejemplo, en España a partir de la constitución transformadora de 1978; segundo, ocurrió en concordancia con las exigencias de varios movimientos sociales indígenas; tercero, se inspiró en los esfuerzos de las Naciones Unidas y, cuarto, el derecho étnico sirvió como un catalizador para reconfigurar el nacionalismo hispanoamericano con nuevas connotaciones no tan eurocéntricas.

Analizando el documento fundador del nuevo étno-constitucionalismo, la *Constitución de Colombia* de 1991, llama la atención que la constituyente permitió la participación de representantes indígenas, de modo que la carta reconoció –más allá del idioma nacional castellano– que “las lenguas y dialectos

de los grupos étnicos son [...] oficiales en sus territorios”<sup>113</sup>. En términos cuantitativos, esto afectó a una pequeña minoría que, según los censos oficiales de 1973 a 1993, oscilaba alrededor del 1 % de la población y, en la era del constitucionalismo étnico, ascendió estadísticamente a un 4,4 % (2018)<sup>114</sup>, todo muy por debajo del tercio de la población identificada a mediados del siglo XIX como campesinado indígena. La zona lingüística indígena mayor de la tradición colombiana, la de los muisca del central altiplano cundiboyacense, había pasado por la asimilación completa, incluyendo el *memoricidio*, de modo que sus descendientes se percibieron ahora como colombianos mayoritarios, sin perfil particular. Por lo tanto, el constitucionalismo étnico de Colombia tuvo que limitarse a las ex sociedades pre-estatales de las tierras bajas, que habían entrado en contactos reales con el poder estatal desde los años 1950.

Según la carta de 1991, el Estado colombiano pretendió “protege[r los restos de] la diversidad étnica y cultural de la Nación”. Tres elementos llaman la atención: primero, se garantizaron “las tierras comunales de grupos étnicos”, superando definitivamente las políticas del *alto liberalismo* de individualizar la propiedad raíz campesina o del *alto nacionalismo* de tratar las tierras de las tribus *salvajes* en las llanuras bajas como *res nullius* bajo la titularidad superior del Estado (*baldíos*). En vista del éxito de la *reforma agraria liberal* del siglo XIX, esto afectó solamente a pocos resguardos virreinales conservados en las cordilleras del sur, mientras el efecto principal consistió en el reconocimiento de los derechos de las ex sociedades pre-estatales de las tierras bajas sobre sus tierras. Segundo, la carta en mención reconoció explícitamente la autonomía jurídica de las sociedades tribales con “derechos especiales” y “funciones jurisdiccionales”, pero solo si las respectivas normas “no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” bajo el

<sup>113</sup> Art. 10 de la *CP de Colombia* de 1991.

<sup>114</sup> Las cifras se basan en el autorreconocimiento, es decir, cambian según la estimación de una cierta etnia en un cierto momento que el DANE evalúe con frecuencia.

control de la Corte Constitucional, aceptando de tal manera la existencia de una multitud de pequeñas entidades semi-encerradas con su propio gobierno y justicia –incluyendo penal– por dentro del marco de la sociedad nacional, en alguna cercanía estructural a la lógica descentralizada del derecho de la Monarquía de las Españas e Indias del Antiguo Régimen. Tercero, Colombia introdujo una representación fija de los indígenas en el Senado con dos miembros, retomando así otro elemento del proto-constitucionalismo del Antiguo Régimen europeo con su lógica de la representación estamental y grupal<sup>115</sup>.

Casi paralelamente al desarrollo colombiano, México postuló, a través de la reforma constitucional de 1992, “la composición pluricultural” de la nación, “sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”, lo que se profundizó por la reforma integral indígena de 2001. En el país azteca concierne todavía a ciertos restos de la identidad cultural del antiguo campesinado del altiplano en la dimensión del 9,4 % de la población. De modo análogo, la *Constitución de Paraguay* de 1992 prolongó la decisión temprana de 1967 y declaró su patrón de identidad al estilo de “un país pluricultural y bilingüe” del español y el guaraní, lo que correspondió también con la excepcional realidad bilingüe de casi todo este pueblo que descende de la simbiosis fundador en los señoríos jesuíticos de la era virreinal<sup>116</sup>.

De igual forma, se señalan los tres países centroandinos con un denso campesinado de tipo altiplano que había hablado todavía en el siglo XIX lenguas indígenas. La *Constitución política del Perú* de 1993 reconoció la autonomía jurídica de los pueblos indígenas, lo que estuvo en la tradición de la autogestión

<sup>115</sup> Arts. 7, 63, 72, 171 y 246 de la *CP de Colombia* de 1991. CCC, T-254/94. Cfr. Borrero, *Derechos multiculturales*, pp. 226 y ss; Kuppe, *Indigene Rechtsprechung*, pp. 10 y ss; Ruíz, *Encuentros y desencuentros*, pp. 437 y ss; Sánchez, *Justicia y pueblos indígenas*, pp. 81 y ss; Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 97 y ss.

<sup>116</sup> *Decretos mexicanos re reforma constitucional* de 1992 y 2001; art. 140 de la *CP de Paraguay* de 1992. Información lingüístico-cultural (tb. para los siguientes países): Albó *et al.*, *Atlas sociolingüístico de América Latina I*, p. 68.

reconocida en la carta precursora de 1979 con raíces desde 1919, al igual que la constitución boliviana de 1995 acogió la autonomía jurídica y también lo hizo la carta ecuatoriana de 1998. En el Perú, benefició al 32 % del *demos*, pero en Bolivia a una mayoría calificada del 66,2 % de la nación, mientras en el Ecuador hubo solamente restos de tal identidad en la dimensión del 6,8 % de los ciudadanos<sup>117</sup>.

En cambio, fracasó el proyecto de reforma de la constitución guatemalteca de 1999, pues el pueblo sistemáticamente desinformado fue dirigido a votar en el referéndum de ese año en contra de cambios que hubieran promovido lo social, lo indígena y la paz, pese a que aproximadamente el 40 % de los ciudadanos correspondió a la comunidad lingüística y cultural de los mayas. Tampoco en Chile el constitucionalismo étnico logró imponerse, pues las diversas reformas de la carta de origen dictatorial rechazaron todo reconocimiento del 4,6 % de indígenas, en particular mapuches, al nivel de la norma de normas<sup>118</sup>.

#### *b. ¿Sincretismo occidental-incaico en la zona centro-andina?*

En el primer decenio del siglo XXI, la zona centro-andina elaboró la variante más profunda y detallada del derecho étnico, en particular en forma de la *Constitución del Ecuador* de 2008 y en aquella de la *Constitución de Bolivia* de 2009. Ambas cartas contuvieron figuras éticas asociadas con la tradición incaica, como la deidad de la *madre tierra* y el *buen vivir*. De tal manera, las constituyentes formularon constructos de legitimidad que velaron bajo la apariencia hinchada de visibilizar y liberar supuestas raíces pre-occidentales. Sin embargo, en vista de la falta de toda memoria confiable de los ex incas occidentalizados desde hace medio milenio, excepto la lengua, se trató precisamente de un

<sup>117</sup> Art. 149 de la *CP del Perú* de 1993; art. 171 de la *CP de Bolivia* de 1995; art. 191 de la *CP del Ecuador* de 1998.

<sup>118</sup> Kuppe, *Indigene Rechtsprechung u. staatl. Recht*, pp. 15 y s.

*nuevo* constructo, derivado del romanticismo –de raíz occidental– que reconfiguró conceptos de la muy actual transformación ambiental –también de raíz occidental– según el mito de querer volver a supuestas raíces propias más armónicas. En vista de estos desequilibrios y distorsiones teóricas, fue irreal lograr un nuevo sincretismo constitucional entre lo occidental e incaico, sino que ocurrió la inclusión de palabras poéticas al extendido pluralismo tridimensional liberal-social-ambiental de entonces que señalan –y esto es lo revolucionario– el reconocimiento de la prioridad relativa del componente ecológico.

### *c. Autonomía neo-segmentaria y expansión de la civilización industrial*

Pese al idealismo indigenista y neo-segmentario del derecho constitucional desde los años 90, sobrevivieron fuertes amenazas existenciales para las micro-sociedades selváticas. La más subliminal es el poder homogeneizador de la civilización industrial en sí misma, pues no es fácil eludirse de fuerzas seductoras difundidas por la educación popular, los imaginarios televisivos, la atracción de modas de consumo o la gravitación urbana que motiva migraciones hacia la ciudad.

Otro tipo de amenaza tuvo que ver con los intereses de explotación neo-extractivista en nombre de dicho desarrollo industrial. Cuando el Estado otorgó generosamente concesiones para grandes proyectos de minería de energía fósil u otros recursos, represas hidroeléctricas o biocombustibles, delegando su derecho originario en el subsuelo a grandes empresas nacionales y transnacionales, los derechos colectivos de las tribus en sus tierras ancestrales salieron frecuentemente perdiendo. En la experiencia de Colombia y Perú, tampoco ayudó mucho la garantía del derecho a la *consulta previa*, pues en las ponderaciones concretas de las autoridades y jueces, resultó invencible el argumento de la predominancia de los intereses energéticos



y económicos nacionales<sup>119</sup>. Por ejemplo, es emblemática la iushistoria de la gigantesca mina transnacional de carbón de Cerrejón que, desde su apertura en 1981, satura el hambre de los europeos en este tipo de energía fósil y muestra una acumulación de transgresiones frente al pueblo wayú de la Guajira, por las cuales resultó responsabilizada judicialmente en serie –por degradar el hábitat de los wayú, contaminar su agua, secar arroyos, degradar la salud y no respetar la consulta previa–, pero nadie puede afirmar que estas sentencias hubieran alcanzado algún efecto significativo de mejora<sup>120</sup>.

#### *d. Los límites sistémicos de la autonomía jurídica neo-segmentaria en el Estado constitucional*

En este apartado, la pregunta dirigente es la de la profundidad y calidad de la nueva autonomía jurídica y jurisdicción especial confiada a los pueblos indígenas desde los años 90. Un primer problema lo encarnó la cuestión de la autenticidad de la afirmada tradición jurídica particular, pues si una (ex) sociedad tribal de las tierras bajas empezó a reemplazar el sistema penal compensatorio de tipo pre-estatal por sanciones públicas más allá del destierro clásico –aplicando ahora penas corporales, el trabajo forzado, o incluso la cárcel–, la misma aplicó evidentemente algo proveniente de una fuerte transculturación reciente bajo influencias transformadoras recibidas de su entorno estatal, pero de modo desconfigurado y retroalimentado con elementos típicos de épocas anteriores, creando algo similar al derecho estatal de primera generación como aquel del segmentarismo jurídico del Medioevo europeo.

En segundo lugar, en la medida en la que el indigenismo romántico no diferenció y entregó la autonomía tribal

<sup>119</sup> Art. 330 § de la *CP de Colombia* de 1991; *Ley peruana 29.785* de 2011; CCC, *Sent. SU-123/18*. Vid. Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre*, pp. 46 y ss, 65 y ss, 147 y ss, 206 y ss, 215 y ss.

<sup>120</sup> Colectivo de Abogados J. Alvear R., *Diez verdades sobre Carbones de Cerrejón*.

análogamente a las sociedades no tribales del campesinado de los altiplanos, pese a que habían sido culturalmente adaptadas desde siglos, excepto la lengua, se abrió otra puerta hacia un neo-segmentarismo jurídico de corte Antiguo Régimen, en el cual consejos campesinos pudieron tomar decisiones judiciales según el sentimiento popular y fuera de las garantías del Estado constitucional moderno. Los últimos evidentemente no dispusieron de ninguna memoria auténtica, transmitida desde la era virreinal y menos desde la era prehispánica, es decir, efectivamente se construyó algo novedoso meramente pseudo-tradicional sin poder basarse en fuentes confiables. Además, surgió el problema de igualdad en comparación con las comunidades campesinas del mismo altiplano que habían cambiado su identidad lingüística hacia el castellano, pues no recibieron ningún privilegio judicial semejante.

El tercer problema se refirió al alcance permitido de la autonomía neo-segmentaria, lo que se concretó a través del control judicial por parte de las altas cortes republicanas. Pese al empaque de muchas sentencias en generalidades con un sonido benevolente para la autonomía étnica como tal, siempre que el derecho consuetudinario tribal colisionaba materialmente con los derechos fundamentales del constitucionalismo moderno, por ejemplo, al permitir que una niña de once años contrajera matrimonio, el Estado defendía inequívocamente el universalismo *iusnatural* e intolerante de la Ilustración, amparando en el caso indicado los derechos a la niñez en contra de la voluntad de todos los familiares involucrados incluyendo la menor misma. No parece mayor la tolerancia efectiva para la poligamia y otras prácticas acentuadas del patriarcado tradicional. Tampoco se articuló ninguna tolerancia material ni para tradiciones provenientes del belicismo inter-tribal de la Amazonía –como la caza de cabezas o la esclavización de enemigos vencidos, consideradas incompatibles con la paz territorial del Estado moderno–, ni para los conceptos penales de corte tribal o neo-medieval –considerados arbitrarios, no previsibles, crueles, inhumanos, degradantes, expropiatorios (confiscación de

bienes) o supra-individuales (caso del destierro completo de la familia del malhechor) según las gafas jurídicas de la Ilustración–, ni para las pruebas mágicas de tipo ordalía –evaluadas como irracionales y violadoras de las garantías constitucionales del debido proceso–. De tal manera, el supuesto pluralismo jurídico no estuvo dispuesto a sacrificar nada sustancial de los logros apreciados de la historia del derecho europea y americana de los últimos dos siglos y medio<sup>121</sup>.

A fin de cuentas, las repúblicas solo admitieron aquellos elementos culturales étnicos que resultaban simpáticos según el filtro de la ética liberal, social y ambiental, tales como el uso de vestidos coloridos y la práctica de bailes exóticos. No se sobrepasó significativamente lo folclórico. Sintetizando, el neo-pluralismo jurídico produjo expectativas con las cuales el Estado de Derecho moderno no puede cumplir sin abandonar a sí mismo.

## **VI. La integración continental y la protección supranacional de valores constitucionales**

### ***a. La benevolencia constitucional para la integración iberoamericana***

Otra tendencia clave de la *sexta ola* del constitucionalismo iberoamericano fue la creación de estructuras trans y supranacionales que promueven, fortalecen y homogeneizan los valores constitucionales. Precisamente, las cartas renunciaron al *soberanismo* clásico y reconocieron las finalidades de la integración continental: lo hizo por ejemplo la *Constitución de Colombia* de 1991 al prever la conformación de “una comunidad latinoamericana de naciones” y establecer “elecciones directas para [...] el

---

<sup>121</sup> Discusión en: Ariza, *Coordinación entre sistemas jurídicos*; Borrero, *Derechos multiculturales*, pp. 243 y ss; Kuppe, *Indigene Rechtsprechung u. staatl. Recht*, pp. 30 y ss; Pacheco, *Las penas ‘salvajes’*, pp. 233-252; Ruíz, *Encuentros y desencuentros.*, pp. 452 y ss, 457 y ss; Sánchez, *Justicia y pueblos indígenas*, pp. 147 y ss; Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 173 y s.

Parlamento Andino”, al igual que la *Constitución de Venezuela* de 1999 “favorecerá la integración latinoamericana [...] hacia la creación de una comunidad de naciones”, mientras la carta ecuatoriana de 2008 “impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica”. Efectivamente, el ideal de la integración latinoamericana ha llevado a múltiples intentos con denominaciones, estructuras y fines diferentes sin coordinar siempre de modo eficaz las respectivas sinergias<sup>122</sup>.

### ***b. Valores comunes y ‘bloque de constitucionalidad’***

Llama la atención que la parte iusfundamental de las constituciones de la *sexta ola* mostró un alto grado de homogeneización con los catálogos universalizados de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas a partir de 1966. Esto se complementó por un aseguramiento adicional en forma de la nueva figura del *bloque de constitucionalidad* que presentó la posibilidad de entender normas fuera del texto constitucional como parte del mismo<sup>123</sup>. Al respecto, la reforma constitucional argentina de 1994 expuso con mucha claridad: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; [...] y otros tratados], tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y

<sup>122</sup> Art. 227 de la *CP de Colombia* de 1991; art. 153 de la *CP de Venezuela* de 1999; art. 416 n° 11 de la *CP del Ecuador* de 2008. Cfr. Morales, *Protección supranacional de la democracia*, pp. 77 ss.

<sup>123</sup> Véase Manuel E. Góngora M., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana”, en Bogdandy *et al.*, *Ius Constitutionale Commune*, pp. 145-180; Rodrigo Uprimny Y., *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, 2005.

deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”<sup>124</sup>.

De tal manera, Iberoamérica superó la relevancia secundaria de los *Pactos* de 1966 durante la *quinta fase* y evitó caprichos como los alemanes que marginaron los pactos iushumanos al rango de meras leyes simples por debajo del nivel constitucional. Nada de esto puede ser explicado adecuadamente por las ofertas teóricas de inicios del siglo XX –*monismo* y *dualismo*–, sino que es importante reconocer una nueva figuración *pos-soberana* de una estatalidad abierta en el marco de una ‘jerarquía’ normativa a gran escala con múltiples polos supranacionales, interdependencias y retroalimentaciones que espera todavía su teorización decisiva. En realidad, se forman nuevos niveles de una estatalización parcial y rudimentaria por encima de las naciones ‘clásicas’ del siglo XIX, en los niveles global y hemisférico, bajo una complementación cooperativa, en lo que no hay ninguna contradicción frente a la antigua fundamentación universalista de los derechos del hombre y ciudadano, ahora humanos.

### ***c. La jurisdicción hemisférica en derechos humanos***

Un desarrollo complementario al perfeccionamiento del Estado iusfundamental, puede reconocerse en la creación contractual de las dos jurisdicciones casi hemisféricas en asuntos de derechos humanos. Para el tema de este artículo, se señala la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* de 1979 con sede en San José de Costa Rica que se basa en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en vigor desde 1978<sup>125</sup>. La competencia contenciosa y obligatoria de esta jurisdicción hemisférica –que es precisamente latinoamericana, debido al

<sup>124</sup> Art. 75 n° 22 de la *CP de Argentina* de 1994. Vid. Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune*, p. 8; Ferreyra, *Fundamentos constitucionales*, pp. 274 y ss; Morales, *El Estado abierto*, p. 95.

<sup>125</sup> Véase Binder, *Auf dem Weg zum lat.am. Verf.gericht?* pp. 1-29; Carazo, *El sistema interamericano de ddhh*, pp. 231-285; Vivas & Cubides, *Diálogo judicial transnacional*, pp. 184-204.

rechazo por el soberanismo estadounidense y canadiense–, fue aceptada por Costa Rica en el año 1980, por Perú, Venezuela y Honduras en 1981, por Argentina y Ecuador en 1984, por Colombia en 1985, por Guatemala en 1987, por Chile y Panamá en 1990, por Nicaragua en 1991 y por Bolivia y Paraguay en 1993. Dicha integración fue subrayada por normas constitucionales explícitas en países como Brasil en 1988, Chile en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992), el Perú en 1993 y el Ecuador en 1998<sup>126</sup>.

Preguntando por la legitimidad, puede decirse que, según sus raíces contractuales, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* juzgó oficialmente en nombre de la comunidad zonal de Estados, pero efectivamente en nombre de la comunidad de los respectivos pueblos en contra de uno de los miembros estatales<sup>127</sup>. Como toda corte constitucional nacional, encarnó un elemento aristocrático al estilo de un consejo de sabios y guardianes jurídicos sin legitimación democrática directa, pero en la práctica comprobó su ética, funcionalidad y necesidad, actuando estilísticamente entre la espada y la moderación. Hay que insistir que los derechos humanos y fundamentales solo son fuertes si se entrega su vigilancia a los jueces. Se dirigen contra todo tipo de poder, sea un rey, un dictador o una colectividad: por lo tanto, son esencialmente contramayoritarios, también en contra de un *demos* que aprendió a percibir las violaciones del pasado como supuestamente oportunas y necesarias.

Analizando la jurisprudencia de la jurisdicción común latinoamericana en derechos humanos, se detectan las cifras más altas de casos contenciosos en tres países: 90 en Perú, 45 en Guatemala y 37 en Colombia. Por su parte, el campo medio se compone de 28 casos contenciosos en Ecuador, 27 en Venezuela, 23 en Honduras y Argentina, 13 en México, 11 en Chile

<sup>126</sup> Tít. X art. 7 de l CP de Brasil de 1988; art. 5 n° 2 de la CP de Chile (versión de 1989); art. 93 de la CP de Colombia de 1991; art. 142 de la CP de Paraguay de 1992; art. 205 de la CP del Perú del 1993; arts. 18-19 de la CP del Ecuador de 1998.

<sup>127</sup> Sobre esta pregunta: Bogdandy & Venzke, ¿En nombre de quién? pp. 299 y ss.

y El Salvador y 9 en Bolivia y Paraguay. Además, en el grupo de baja virulencia anti-iushumana, se detectan nada más que cuatro casos en Costa Rica y tres en Uruguay. Un número significativo de estas sentencias se dedicó a violaciones muy graves de derechos humanos, incluyendo abusos autocráticos duros y masacres masivas<sup>128</sup>.

Entre los casos más llamativos figura el peruano del año 2001, en el cual la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* revisó la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú por parte del Presidente autocrático Fujimori en 1997 y la declaró una violación intolerable de las garantías judiciales, de la protección judicial y de los derechos políticos de los jueces. En el mismo año, los magistrados juzgaron la responsabilidad del Estado peruano por la masacre de Barrios Altos en 1991 con 15 homicidios cometidos por agentes del Estado y derogaron la legislación de autoamnistía de 1995, impidiendo así la impunidad de los abusos militares y policiales en el conflicto interno de este país. Estas sentencias prepararon decisivamente el juicio penal nacional contra Fujimori en 2009.

También fue emblemático que, en 2002, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* condenó a Venezuela por los 276 muertos de la masacre militar y policial del Caracazo que había ocurrido en 1989, frente a las protestas populares contra la política 'neoliberal' del gobierno de Pérez. En 2005, siguió la condena de Chile en el sentido de subrayar la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, invalidando un relicto precario proveniente de la dictadura de Pinochet.

Con respecto a Guatemala y Colombia, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* tuvo que dedicarse a concentraciones de masacres sin precedentes. En varias sentencias a partir de 2004, participó en reconstruir el genocidio maya con su pico

---

<sup>128</sup> Cifras según la página oficial de la Corte IDH: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es> (30.11.2019). Todas las sentencias que se citan subsiguientemente, se encuentran en esta página.

en 1982 y motivó al Estado guatemalteco a aceptar su responsabilidad<sup>129</sup>. También en varias sentencias desde 2004, expuso que múltiples masacres de los paramilitares colombianos, ocurridas principalmente entre 1987 y 1997, habían tenido lugar dentro del marco de responsabilidad del Estado colombiano, indicando la perspectiva muy incómoda para dicha república de haber practicado una especie de terror estatal privatizado contra segmentos de la población civil. Frente a Colombia, se agregaron las condenas de 2010 y 2018 que tematizaron el *politicidio* sistemático en varios miles de miembros del partido político de izquierda *Unión Patriótica*, efectuado entre 1985 y 2002. De igual forma, la Corte condenó a Colombia por operaciones atroces de sus fuerzas armadas: primero, en 2012, por un bombardeo de la Fuerza Aérea de 1998, que dejó 17 civiles muertos entre los cuales había seis niños; segundo, en 2014, por las desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extralegales en la *toma militar del Palacio de Justicia*, ocurrida en 1985; tercero, en 2018, por los llamados *falsos positivos*, es decir, múltiples “ejecuciones extrajudiciales [...] con un *modus operandi* caracterizado por la muerte de civiles posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate”<sup>130</sup>.

En los diversos casos particulares, se comprobó la limitación material de la soberanía estatal que ahora no pudo escaparse de las sentencias iushumanas incómodas que tematizaron y visibilizaron vergüenzas y traumas nacionales. Más allá de la renuncia contractual a la respectiva esfera de la soberanía judicial, resultó casi inexorable la presión por la autoridad moral del tribunal iushumano. En última instancia, pudo observarse una mediatización parcial por debajo de una nueva soberanía judicial común latinoamericana.

---

<sup>129</sup> Vid. Núñez & Canal, *Las masacres de Río Negro*, pp. 121-150.

<sup>130</sup> Cfr. Duarte H. et al., *La implementación del Acuerdo final de paz*, pp. 287 y ss; Jaramillo, *Violaciones a los ddhh en el conflicto armado*, pp. 201-216; Vivas & Toro, *Estudio sobre el cumplimiento de la sentencia Masacre de Mapiripán contra Colombia*, pp. 37-56.



Sintetizando, se evidencia que América Latina promueve su *ius commune* en derechos humanos como una ética común de alta estimación, aunque no todo halcón superviviente de la anterior era del anti-constitucionalismo aprendió a compartirlo.

#### ***d. Tendencias opuestas: los jueces de sombra del anti-constitucionalismo neoimperial-‘neoliberal’***

La internacionalización de la *sexta ola* no se limita a los derechos humanos, sino que parece ser acompañada por un hermano negro. Se habla de una justicia especial creada para defender los intereses hegemónicos del *sistema mundo* capitalista, precisamente de los países del núcleo industrial que pretenden mantener grandes huellas ecológicas de extensión planetaria y centrar el metabolismo social del globo limitado a sí mismos.

El mecanismo central son los *tribunales de arbitraje* –especialmente el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) del Banco Mundial– que pueden fallar multas en la altura de varios millones de dólares contra Estados, si una *empresa transnacional*, típicamente con sede y/o accionistas principales en Europa occidental o Norteamérica, ve en peligro sus expectativas de ganancias. Con base en los desiguales *tratados de protección de inversiones*, se estableció una justicia paralela, secreta y poderosa que compite, en términos de calidad y parcialidad, con la santa inquisición del Antiguo Régimen. Se orienta en las cláusulas estandarizadas de los *tratados de protección de inversiones*, tratando privilegios empresariales frente al constitucionalismo social y ambiental como plenamente válidas, sin interesarse por el carácter iusnatural e iushumano de las respectivas garantías en cuestión. En particular, abusan del discurso polémico sobre la supuesta debilidad de los derechos de propiedad en América Latina, creando analogías aventureras que confunden sistemáticamente concesiones públicas que delegan tareas estatales con una presumida propiedad privada. Para justificar supuestos deberes estatales

de indemnización, extienden la categoría de expropiación a cualquier intervención normativa o administrativa con impactos en expectativas de ganancias. Bajo la elusión del monopolio de justicia del Estado constitucional, se juzga en nombre del capital en contra de los derechos humanos de millones de personas.

Empíricamente, no es posible comprobar que los *tratados de protección de inversiones* hubieran atraído más empresas extranjeras, pero se encuentran muchas demandas con las que las empresas maniobraron Estados en situaciones difíciles. Un primer caso llamativo ocurrió en 2000, cuando un tribunal de arbitraje condenó a México a indemnizar a la empresa estadounidense de residuos tóxicos *Metalclad* con 16,7 millones de dólares por una supuesta expropiación indirecta, simplemente porque la legislación ambiental, en conformidad con la constitución, había imposibilitado la construcción de un vertedero peligroso, reduciendo expectativas de ganancias. Además, en 2012, el CIADI condenó a Ecuador a pagar 1.770 millones de dólares (finalmente 1.062 millones) a la petrolera estadounidense *Occidental (Oxy)*, pues los jueces de sombra no aceptaron como proporcional que el gobierno había declarado la caducidad de la concesión sin indemnización en vista de incumplimientos legales y contractuales, mientras en 2014 fue condenado Venezuela a pagar una suma en la misma categoría a la petrolera estadounidense *Exxon Mobil* en otro contexto de revocación de concesión. Además, en 2010, la rama suiza de la *empresa transnacional Philip Morris* demandó la legislación de salud antitabaco de la república del Uruguay, pero sorprendentemente perdió en 2016. Por su parte, la petrolera estadounidense *Chevron-Texaco* pretendió escaparse de la sentencia ecuatoriana de 2011 –confirmada por la Corte Nacional de Justicia en 2013 y la Corte Constitucional en 2018– sobre indemnizaciones por evidentes daños ambientales y perjuicios de grupos étnicos en la zona selvática del lago Agrio, instrumentalizando la parcial justicia de protección de inversiones, de modo que, en 2018, el Tribunal Arbitral de La Haya emitió un laudo pro-empresarial y anti-iushumano que pidió la anulación

de la sentencia ecuatoriana bajo la afirmación que la misma hubiera sido obtenida a través “de fraude procesal, falta judicial y corrupción dentro de la Corte”. Para los Estados semi-industrializados de América Latina, las indemnizaciones exorbitantes ordenadas en el exterior, pueden llevar a situaciones precarias. No es ajeno de la realidad reconocer en esta justicia de sombra la punta de lanza del sistema hegemónico de los centros mundiales del industrialismo para poner Estados insumisos de rodillas.

Varios gobiernos afectados intentaron rechazar las sentencias señaladas, aunque resultó limitado el espectro de soberanía real frente al núcleo industrial del mundo que dispone de múltiples canales de presión. Ante estas experiencias, varios países de Hispanoamérica se retiraron del sistema de arbitraje –Bolivia en 2007, Ecuador en 2010 y Venezuela en 2012–, mientras Brasil había sido tan sabio de nunca incluirse. Al respecto, el artículo 422 de la constitución ecuatoriana de 2008 decidió que “[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”<sup>131</sup>.

## **VII. A modo de conclusión: constituciones extensas, idealistas, transformadoras y parcialmente normativas**

Una primera observación general del ECDSA de la *sexta ola* es que la extensión de las constituciones latinoamericanas ha crecido considerablemente, alcanzando en el caso de Ecuador 444 artículos (2008) y en Bolivia 411 (2009), incluyendo un enorme grado de detallismo en materia de derechos fundamentales. Aunque no es falso advertir que esta predisposición retome algunas tendencias del idealismo de la primera ola

---

<sup>131</sup> *ICSID Cases ARB(AF)/97/1, ARB/06/11, ARB/07/27; ARB/10/7; PCA Case 2009-23 (7.145). Cfr. Ahrens, La transformación de la juridicidad*, pp. 137-154, 145 y ss; Boeglin, *ICSID and Latin America*; García, *Caso Oxy*; Skovgaard, *Sacrificing Sovereignty by Chance*, pp. 29 y ss; Sornarajah, *Mutations of Neo-Liberalism*, pp. 203-232.

del constitucionalismo hispanoamericano –se pueden citar los 397 artículos de la *Constitución del Estado de Cartagena de Indias* de 1812–, es más preciso ver el trasfondo principal en el enorme crecimiento de los deberes estatales en el marco de la transformación a la sociedad (post) industrial del último siglo XX y XXI. De igual forma, puede indicarse que los poderes constituyentes contemporáneos quieren tomar por sí mismos las grandes decisiones sobre el perfil de la república en vez de delegar cartas blancas al poder legislativo. Sin duda, la detallada longitud mejora la transparencia de la organización y los valores del Estado. En cambio, una constitución breve como la *Grundgesetz* alemana de 1949 con sus 146 artículos (202 con reformas), es menos autoexplicativa y requiere del estudio intenso del derecho administrativo y de los comentarios científicos para ser entendible. Un futuro historiador podría reconstruir mucho más fácilmente de las cartas iberoamericanas lo que *quiere ser* el Estado de inicios del siglo XXI que de las cartas de la Europa noralpina con su tendencia al *understatement* modesto.

En particular, se enfatiza la tendencia latinoamericana a constitucionalizar cada vez más valores, derechos y fines estatales en los ámbitos liberal, social, ambiental y cultural, rechazando de tal manera el modelo de la mera constitución organizacional. En alguna cercanía al estilo de las primeras constituciones hispanoamericanas, como la tunjana de 1811, la venezolana de 1819 o la chilena de 1823, se redescubre también el constitucionalismo ético, así, muy manifiestamente, en la carta de Bolivia de 2009 donde el Estado promueve: “no seas flojo, no seas mentiroso, ni seas ladrón”, además del “vivir bien”, la “vida armoniosa”, la “vida buena”, la “tierra sin mal” y el “camino o vida noble”, llevando a la siguiente conclusión en su artículo 8: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

El estilo idealista y casi poético de las constituciones contemporáneas de América Latina, lleva con frecuencia a la pregunta crítica de si las mismas representen algo real o mera fachada. En este artículo se quiere sostener la opinión de que ellas pertenecen tendencial y típicamente –según la tipología ontológica elaborada por Loewenstein con sus tres categorías de las constituciones normativas, nominalistas y semánticas<sup>132</sup>– al primer subgrupo, pues obviamente no se trata de textos de disfraz para esconder hábilmente dictaduras militares, cleptocracias crudas o sistemas unipartidistas. No son dedicadas ni a engañar al pueblo propio ni a meros fines de la reputación internacional. Tampoco pueden hablarse de meros textos ficticios orientados al futuro lejano de ex autocracias casi eternas que entrarían en una eventual primera experiencia de democratización significativa –así a diferencia de un posible escenario futuro de Asia–; menos son normas supremas ilusorias para organizar ex sociedades pre-estatales africanas donde la tercera o cuarta generación pos-tribal trabaja todavía en la generación de la mentalidad básica para lograr la estatalización originaria. En cambio, hay que partir del marco socio-histórico de algunos de los Estados constitucionales más antiguos del mundo con una cultura republicana consolidada.

En este marco, es evidente que se pretendieron consolidar *cartas normativas* en la medida viable –por lo menos según la voluntad de las constituyentes, jueces constitucionales y profesores en derecho, pero también de la mayor parte de los Presidentes y congresistas–. Típicamente, hay un amplio consenso pro-sistémico y se entiende la constitución como categoría clave de la identidad colectiva, por lo menos abstracta y sumariamente, lo que no significa la ausencia de conflictos y transgresiones que, en el mejor de los casos, son resueltos por la justicia constitucional, al igual como en otros Estados constitucionales del mundo. Generalmente, las disposiciones de la organización

---

<sup>132</sup> Loewenstein, *Verfassungslehre*, pp. 151 y ss.

estatal alcanzan la mayor fuerza normativa. Tampoco es tan preocupante la realidad de los derechos liberales que requieren esencialmente de un dejar intervenir del Estado. En cambio, los problemas mayores se manifiestan en los valores constitucionales que requieren de inversiones estatales para realizarse –y de la respectiva tributación de los ciudadanos económicamente potentes–, es decir, en las esferas del constitucionalismo social y ambiental.

No es contradictorio, interpretar las cartas al mismo tiempo como *constituciones transformadoras* y *aspiracionales*<sup>133</sup> que contienen múltiples visiones de justicia todavía inalcanzadas, para materializarlas en un futuro no tan lejano. En ello, debe ser claro que *todas* las grandes cartas de la historia mundial del Estado constitucional tenían, en el momento de su promulgación, este carácter transformador y aspiracional –sea en Virginia en 1776, en Francia en 1793, en Alemania en 1919 y 1949 o en España en 1978–, pues, en vez de fijar el pasado, se adscribieron a la finalidad de establecer un país más justo. En general, la historia mundial del Estado constitucional describe un proceso permanente de retroalimentación y aprendizaje.

También en la *sexta ola* del Estado constitucional iberoamericano, se promulgaron contenidos normativos novedosos, por ejemplo, en cuanto al constitucionalismo ambiental y étnico, que buscaron la transformación de realidades sociales mediante el derecho en el próximo futuro. A esta dinámica perteneció que, después de pocos años, la justicia constitucional entendió las nuevas garantías como plenamente obligatorias y las impuso frente a violadores en las otras ramas estatales. Puede ser que los resultados de transformación no cumplen con las expectativas de todo constitucionalista, pero en una perspectiva a largo plazo que evalúe todas las seis fases del Estado constitucional iberoamericano en conjunto, los logros transformadores de dos siglos son impresionantes.

---

<sup>133</sup> García, *Constitucionalismo aspiracional*, pp. 89-110; Santos, *Refundación del Estado*, pp. 71 y ss; Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes*, p. 123.

Vale la pena precisar lo que significa el presumido carácter normativo y que no: primero, hay que rechazar toda posibilidad de pensar una identidad absoluta entre una fuente normativa y la realidad socio-cultural; segundo, en el mundo no existen constituciones con la habilidad de describir completamente todos los procesos reales de poder, pues el estilo acostumbrado favorece algunas manchas ciegas, por ejemplo, en cuanto a la interacción de las élites republicanas y económicas que tienden a prácticas *lobbyistas*; tercero, ninguna democracia representativa y electoral del planeta alcanza algo tan solemne y puro como el mito popularizado del autogobierno del pueblo; cuarto, en contra del inocentísimo popular que tiende a leer normas constitucionales de modo aislado y no de manera sistemática, se insiste en que ningún elemento parcial del *triángulo de valores* liberales, sociales y ambientales puede leerse de modo desconectado, sino solo en un marco integral que permite ponderaciones diversificadas de las tensiones inmanentes, donde la política parlamentaria tiene potestades discrecionales de precisión e inactividad, aunque estos no son ilimitados en términos jurídicos, pues no pueden violar la garantía nuclear de todo valor constitucional; quinto, algunos elementos que el texto constitucional mencione de modo breve en lugares poco prominentes, pueden alcanzar un significado sobresaliente; sexto, en todo Estado constitucional de la Tierra hay que lamentar una multitud de transgresiones en las zonas fronterizas de los derechos fundamentales que están bien documentados en las colecciones de sentencias de las altas cortes de justicia. En todo esto, América Latina no se diferencia *sustancialmente* de los otros países de la cultura llamada occidental, sino solo gradual y difusamente.

Otra pregunta comparativa es si los sistemas parlamentarios de Europa no se han alejado en mayor medida del carácter normativo de la constitución, teniendo en cuenta que las respectivas cartas repiten estereotípicamente el homenaje al principio de la separación de poderes, mientras la realidad política está marcada por la identidad entre la mayoría parlamentaria y el

gobierno, es decir, la verdadera separación existe entre la fracción de gobierno y aquella de la oposición. Tampoco pueden considerarse una manifestación de la sinceridad y transparencia las constituciones de las monarquías liberales del norte europeo, donde los textos tienden a conservar la estructura más autocrática del siglo XIX, mientras la realidad política corresponde a la de democracias sociales modernas.

En cambio, con respecto a los derechos de segunda y tercera generación, puede aludirse que la eficacia y calidad del constitucionalismo social ha alcanzado más realidad en Europa occidental que en América Latina, mientras una hipótesis análoga no sería del mismo modo cierto para el constitucionalismo ambiental, pues la calidad ambiental se presenta superior en varios países latinoamericanos debido a menores excesos del consumismo industrial.

Con base en estas reflexiones, las diferencias intercontinentales entre los textos constitucionales del nuevo y viejo mundo, parecen más estilísticas y menos materiales, en el sentido de que al sabor latinoamericano le gusta la formulación solemne de textos representativos y románticos, lo que puede asociarse posiblemente con algún grado de preferencia cultural por la poesía y el culto a la belleza, pero nada de esto significa una connotación fraudulenta y no hay ningún indicio de que el estilo más frío de otros países, llevaría por sí mismo a una calidad superior. Más bien, la visión iberoamericana contiene una interiorización amplia del carácter *iusnatural* intocable del constitucionalismo liberal, social y ambiental, es decir, una enorme fuerza que prepara sosteniblemente para sobrevivir crisis difíciles.

No obstante, para la historia constitucional más reciente hay que señalar por los menos cinco contextos de deficiencias mayores: primero, se indica el desastroso balance de derechos humanos en las zonas del conflicto y posconflicto armado interno de Colombia, incluyendo la paramilitarización de los años 90 hasta por lo menos 2005, los bombardeos militares



de civiles y las ejecuciones extralegales de los llamados *falsos positivos*, lo que encuentra su prolongación en la no protección de líderes sociales asesinados sistemáticamente; segundo, se apunta cuatro golpes de Estado *blandos* o postmodernos que llevaron a la pérdida involuntaria de la Presidencia, sin respetar el régimen constitucional de sucesión: en Honduras en 2009, en Paraguay en 2012, en Brasil en 2016 y en Bolivia en 2019; tercero, se anotan las tendencias neo-autocráticas en Venezuela desde hace por lo menos 2017 y el neo-*estadositismo* chileno y boliviano desde 2019; cuarto, con la excepción del Cono sur, se señala un fuerte problema de *governabilidad*, relacionado con la eficiencia limitada en cumplir con diversas tareas básicas de la estatalidad, la cual se disminuye, a veces, hacia una especie de *Leviatán de peluche*, no solo en Colombia con su erosión institucional debido al largo conflicto armado interno, sino en todo el semi-círculo alrededor del mar Caribe que se extiende de México, pasando por Centroamérica y Colombia hasta Venezuela; quinto, desde el 2017, al estilo de un reflejo de percepciones de deficiencias múltiples, se observa una acentuada ola transnacional de masivas protestas sociales.

## Bibliografía

### a. Fuentes primarias

#### aa. Constituciones y reformas

(1979) *Constitución para la República del Perú*, ed. por Congreso del Perú, [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1979/Cons1979\\_TEXTO\\_CORREGIDO.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf) (5.1.2020).

(1980) *Constitución política de la República de Chile, Decreto ley 3.464*, en *Diario Oficial*, de 11.8.1980.

(1983) *Constitución de El Salvador*, ed. por Asamblea Legislativa de El Salvador, <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica> (5.1.2020).

- (1985) *Constitución política de la República de Guatemala*, ed. por Bibl. Virtual Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw10z2> (5.1.2020).
- (1988) *Constituição da República federativa do Brasil*, ed. por Presidência da República, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) (5.1.2020).
- (1989) *Ley chilena 18.825 de reforma constitucional*, en *Diario Oficial*, de 17.8.1989.
- Ley costarricense 7.128 por la que se reforman los arts. 10, 48, 105 y 128 de la CP*, en *La Gaceta*, 166, de 1.9.1989.
- (1990) *Reformas constitucionales por decreto en orden cronológico*, ed. por Cámara de Diputados de México, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm) (5.1.2020).
- (1991) *Constitución política de la República de Colombia*, en *Gaceta Constitucional*, 127, de 10.10.1991.
- (1992) *Constitución de la República de Paraguay*, ed. por Dippel, Horst (Ed.): *Constitutions of the World, 1850 to the Present*, II, Múnich, K.G. Saur, 2005, índice interino 8, microficha 1.126, 1-25.
- Decreto por el que se reforma el artículo 4º de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, en *Diario Oficial de la Federación*, de 28.1.1992.
- (1993) *Constitución política del Perú*, en *El Peruano, Diario Oficial*, ed. especial, de 30.12.1993.
- (1994) *Constitución de la Nación Argentina* (sancionada en 1853, con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), en *Boletín Oficial*, de 23.8.1994, y Buenos Aires, Impr. del Congreso de la Nación, 1994.
- Constitución de la República Dominicana*, en *Gaceta Oficial*, 9.890, de 20.8.1994.
- Constitución política de la República de Panamá de 1972 con reformas de 1978, 1983 y 1994*, ed. por Bibl. Nacional Castillero R., <http://binal.ac.pa/binal/component/content/article/78-servicios/147-constituciones-art.html> (5.1.2020).
- (1995) *Constitución política del Estado de Bolivia, ley 1.615* (= Constitución de 1967 con ley de reforma 1.585 de 1994), ed.

por portal jurídico Lex i Vox libre, <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-1615.html> (5.1.2020).

- (1996) *Ley peruana 26.657 de interpretación auténtica del art. 112 de la Constitución*, en *El Peruano, Diario Oficial*.
- (1998) *Constitución política de la República del Ecuador, Decreto legislativo 000*, en *Registro Oficial*, 1, de 11.8.1998.
- (1999) *Constitución de la República bolivariana de Venezuela*, en *Gaceta Oficial*, 36.860, de 30.12.1999.
- (2000) *Ley peruana 27.365 de reforma constitucional que elimina la reelección presidencial inmediata*, en *El Peruano, Diario Oficial*, 7.440, de 5.11.2000.
- (2001) *Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un 2º y 3º párrafos al art. 1º, se reforma el art. 2º, se deroga el § 1º del art. 4º; y se adicionan un 6º § al art. 18, y un último § a la fracción 3ª del art. 115 de la CP de los EU Mexicanos*, en *Diario Oficial*, de 14.8.2001.
- (2004) *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 con las modificaciones plebiscitadas en 1989, 1994, 1996 y 2004*, ed. por Poder Legislativo del Uruguay, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/1409664.HTML> (5.1.2020).
- (2005) *Decreto por el que se declara reformados los arts. 14, 2º § y 22 1º §, y derogado el 4º § del art. 22 de la CP de los Estados Unidos Mexicanos*, en *Diario Oficial*, de 9.12. 2005.
- Ley chilena 20.050, Reforma constitucional*, en *Diario Oficial*, de 26.8.2005.
- (2008) *Constitución de la República del Ecuador*, en *Registro Oficial*, 449, de 20.10. 2008.
- (2009) *Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia*, ed. por Infoleyes Bolivia, <https://bolivia.infoleyes.com/norma/469/constituci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-del-estado-cpe> (5.1.2020).
- (2009) *Enmienda 1 a la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999*, en *Gaceta Oficial*, de 19.2.2009.
- (2014) *Ley 854 de la reforma parcial de la Constitución política de la República de Nicaragua*, en *La Gaceta*, separata, de 10.2.2014.

(2015) *Acto legislativo colombiano 2 por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional*, en *Diario Oficial*, 49.560, de 1.7.2015.

*bb. Leyes y decretos*

(1978) *Decreto ley chileno 2.191, concede amnistía*, en *Diario Oficial*, de 19.4.1978.

(1983) *Ley argentina 22.924 de pacificación nacional*, en *Boletín Oficial*, de 29.9.1983.

*Ley argentina 23.040 que anula la autoamnistía*, en *Boletín Oficial*, de 29.12.1983.

(1984) *Ley argentina 23.077 de defensa de la democracia*, en *Boletín Oficial*, de 27.8.1984.

(1986) *Ley uruguaya 15.848 de la caducidad de la pretensión punitiva del Estado*, en *Diario Oficial*, 22.295, de 28.12.1986.

(1992) *Decreto ley peruano 25.418, Bases del Gobierno de Emergencia*, en *El Peruano, Diario Oficial*, de 9.4.1992.

(1993) *Ley colombiana 104 de orden público*, en *Diario Oficial*, 41.158, de 30.12.1993.

(1997) *Ley boliviana 1.768 de modificaciones al Código penal*, en *Gaceta Oficial*, 1984, de 10.3.1997.

(1998) *Ley boliviana 1.836 del Tribunal Constitucional de 1998*, en *Gaceta Oficial*, de 19.3.1998.

(2000) *Resolución legislativa del Congreso peruano 009-2000-CR declarando la permanente incapacidad moral del presidente de la república y la vacancia*, <http://www4.congreso.gob.pe/museo/mensajes/A-Mensaje-2000-5.pdf> (6.4.2016).

(2001) *Ley peruana 27.600 que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional*, en *El Peruano, Diario Oficial*, de 16.12.2001.

(2005) *Ley colombiana de justicia y paz, Ley 975*, en *Diario Oficial*, 45.980, de 25.7.2005.

*Ley guatemalteco marco de los acuerdos de paz, Decreto 52*, en *Diario de Centro América*, 56, de 7.9.1985.

(2011) *Ley peruana 29.785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas*, en *El Peruano, Diario Oficial*, de 7.9.2011.

*cc. Acuerdos de paz*

(1992) *Acuerdos de Chapultepec entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional.*

(2016) *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* de 24.11.2016.

*dd. Jurisprudencia*

Argentina, Cámara Nacional Argentina de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires

(1985) *Juicio a las Juntas, causa 13/84*, sent. de 9.12.1985.

Bolivia, Corte Suprema de Justicia de la Nación

(1993) *Sentencia pronunciada en los juicios de responsabilidad seguidos por el Ministerio Público y coadyuvantes contra Luis García M. y sus colaboradores*, de 21.4.1993.

Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional

(2013) *Consulta sobre la constitucionalidad del proyecto Ley de Aplicación Normativa, Declaración constitucional plurinacional, sentencia 003*, exp. 02856-2013-06-CCP, de 25.4.2013, MR Zenón H. Bacarreza M.

(2017) *Repostulación de Morales, sentencia 0084/2017*, exp. 20960-2017-42-AIA, de 28.11.2017, MR Macario L. Cortez Ch.

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

(2014) *Protección de derechos colectivos de los habitantes de la cuenca hidrográfica del río Bogotá*, exp. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01, sent. de 28.3.2014, CP Marco A. Velilla M.

Colombia, Corte Constitucional

(1992) *T-426/92, Derecho a la subsistencia*, MP Eduardo Cifuentes M.

*T-528/92, Contaminación ambiental, derecho a la vida y a un medio ambiente sano*, MP Fabio Morón D.

*T-536/92, Derecho al ambiente sano*, MP Simón Rodríguez R.

(1993) *C-027/93, Demandas acumuladas, Ley 20 de 1974 por la cual se aprueba el Concordato*, MP Simón Rodríguez R.

- (1994) *T-254/94, Comunidad indígena*, MP Eduardo Cifuentes M.
- (1995) *C-466/95, Conmoción interior*, MP Carlos Gaviria D.
- T-015/95, Salarios de personas secuestradas*, MP Hernando Herrera V.
- (1997) *C-239/97, Homicidio por piedad*, MP Carlos Gaviria D.
- C-358/97, Código penal militar*, MP Eduardo Cifuentes M.
- (1998) *C-087/98, Ley 51 de 1975*, MP Carlos Gaviria D.
- (2000) *C-392/00, Juzgado especializado*, MP Antonio Barrera C.
- (2002) *C-802/02, Control de constitucionalidad de decreto declaratorio de conmoción interior*, MP Jaime Córdoba T.
- (2003) *C-327/03, Control de constitucionalidad, DL 245 por el cual se prorroga el Estado de conmoción interior*, MP Alfredo Beltrán S.
- (2004) *C-816/04, Demanda de inconstitucionalidad, Acto legislativo 2 de 2003 para enfrentar el terrorismo*, MPs Jaime Córdoba T. & Rodrigo Uprimny Y.
- T-025/04, Población desplazada, 2004*, MP Manuel J. Cepeda.
- (2006) *C-355/06, Aborto*, MPs Jaime Araújo R. & Clara Inés Vargas H.
- (2010) *C-141/10, Constitucionalidad de la Ley 1.354 de 2009, convocatoria a un referendo nacional*, MP Humberto A. Sierra P.
- C-703/10, Constitución ecológica, medio ambiente*, MP Gabriel E. Mendoza M.
- (2016) *T-622/16, Río Atrato como sujeto de derechos*, MP Jorge I. Palacio P.
- (2018) *SU-123/18, Comunidades indígenas*, MPs Alberto Rojas R. & Rodrigo Uprimny Y.
- Colombia, Corte Suprema, Sala Plena
- (1987) *Sentencia 20, inconstitucional el Decreto 3.671 de 1986, de 5.3.1987*, MP Jesús Vallejo M.
- (1989) *Sentencia 022, inexecutable el § 3 del artículo 33 del Decreto 3.398 de 1965, de 25.5.1989.*
- Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz

(2018) *JEP abre el caso 003 'Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado'*, comunicado 58, de 23.7.2018.

(2019) *JEP abre el caso 06, Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP)*, de 4.3.2019.

Guatemala, Corte de Constitucionalidad

(1993) *Normas temporales de gobierno*, exp. 225-93, de 25.5.1993.

(2013) *Caso Ríos Montt*, exp. 1904-2013, de 20.5.2013.

Interamericana, Corte de Derechos Humanos

(2001) *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sent. de 31.1.2001, FRC, serie C, 71.

(2001) *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sent. de 14.3.2001, FRC, serie C, 75.

(2002) *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, sent. de 29.8.2002, FRC, serie C, 95.

(2004) *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, sent. de 5.7.2004, FRC, serie C, 109.

(2010) *Caso Manuel Cepeda V. vs. Colombia (caso UP)*, sent. de 26.5.2010, FRC, serie C, 213.

(2018) *Caso Villamizar D. y otros vs. Colombia*, sent. de 20.11.2018, FRC, serie C, 364.

Internacional, Corte de Justicia

(1986) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. US of America), Jurisdiction and Admissibility*, 1984 ICJ REP. 392, de 27.6.1986.

Nicaragua, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional

(2009) *Reelección de presidente y alcaldes*, sent. 504, exp. 602-09, de 19.10.2009.

Perú, Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Especial

(2009) *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE (Causa Fujimori)*, exp. A.V. 19-2001, sent. de 7.4.2009.

Perú, Tribunal Constitucional

(1997) *Interpretación del art. 112 de la Constitución sobre reelección presidencial*, exp. 002-96-I/TC, sent. de 3.1.1997.

(2003) *Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos contra los Decretos Leyes 25.475, 25.659, 25.708 y 25.880*, exp. 010-2002-AI/TC, sent. de 3.1.2003.

(2006) *Complejo metalúrgico de La Oroya*, exp. 2002-2006-PC/TC, sent. de 12.5.2006.

Uruguay, Juzgado penal de Montevideo

(2009) del 19° turno: *Gregorio Álvarez et al., Reiterados delitos de homicidio muy especialmente agravados*, sent. 0157, de 21.10.2009.

(2010) del 23°/ 7° turno: *Bordaberry Arocena, Juan María, Diez delitos de homicidio muy especialmente agravados*, sent. de 9.2.2010.

*ee. Reportes de comisiones de verdad*

Centro Nacional de Memoria Histórica (Ed.): *Todo pasó frente a nuestros ojos, El genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*, Bogotá, CNMH, 2018.

Comisión de la Verdad para El Salvador: *De la locura a la esperanza, La guerra de 12 años en El Salvador*, 1993.

Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú: *Informe final*, Lima, 2003.

Comisión Nacional de Argentina sobre la Desaparición de Personas: *Nunca más, Never again, A Report by Argentina's National Commission on Disappeared People*, Londres, Faber, 1986.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico: *Guatemala, Memoria del silencio (completo)*, Guatemala, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, 1999.

## **b. Bibliografía secundaria**

Acosta, Albero: “Derechos de la naturaleza y buen vivir”, en revista *Pensamiento Jurídico*, n° 25, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 21-28.

Ahrens, Helen: “La transformación de la juridicidad en los Estados latinoamericanos”, en Íd. (Ed.): *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Berlín & México, KAS & GIZ, 2012, pp. 137-154.

Albó, Xavier *et al.*: *Atlas sociolingüístico de América Latina*, tomo 1, Casilla & Cochabamba, UNICEF, 2009.



- Alvaredo, Facundo *et al.*: *World Inequality Report 2018*, sin lugar, Inequality Lab, 2018.
- Anderson, Perry *et al.*: *Golpe en Brasil, Genealogía de una farsa*, Buenos Aires, Clacso, 2016.
- Arango R., Rodolfo: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012.
- “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia”, en Bogdandy, Armin v.*et al.* (Eds.): *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, México, UNAM, 2011, pp. 17-34.
- Arenas F., J. Francisco: “De la participación ciudadana y el activismo judicial, Intervenciones del juez constitucional en las políticas públicas”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *Constitucionalismo científico*, Bogotá, Temis, 2012, 149-170.
- Ariza S., Rosembert: *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, San José, IIDH, 2010.
- Arteaga, Juan J.: *Breve historia contemporánea del Uruguay*, Buenos Aires, FCE, 2008.
- Barros, Robert: *Constitutionalism and dictatorship, Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge, Univ. Press, 2002.
- Bernal P., Carlos: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Univ. Externado, 2009.
- Bernales B., Enrique: “Los caminos de la reforma constitucional en el Perú”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, nº 1, Montevideo, KAS, 2005, pp. 157-173.
- Binder, Christina: “Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht?” en revista *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 71, Heidelberg, MPI aöRV, 2011, pp. 1-29.
- Bogdandy, Armin v.: “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum, Una aclaración conceptual”, en Íd. *et al.* (Eds.): *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-24.

- & Venzke, Ingo: *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*, Bogotá, Univ. Externado, 2016.
- Bos, Ellen: *Verfassungsgebung und Systemwechsel*, Wiesbaden, VS Vlg., 2004.
- Bosch, Mariano *et al.*: *Mejores pensiones, mejores trabajos*, Washington, BID, 2013.
- Brewer C., Allan R.: *Historia constitucional de Venezuela*, 2 tomos, Caracas, Ed. Alfa, 2008.
- “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en Valadés, Diego & Carbonell, Miguel (Eds.): *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, 2ª ed., México, UNAM, 2004, pp. 171-193.
- “Reflexiones sobre la dictadura en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, n° 153-154, Caracas, Jurídica, 2018, pp. 177-216.
- Burgos S., Germán: *Estado de Derecho y globalización*, Bogotá, UNAL & ILSA, 2009.
- Calle M., Melba L.: *Constitución y guerra*, Bogotá, Ibáñez, 2014.
- Cantón, Santiago: “Leyes de amnistía”, en Reátegui, Félix (Ed.): *Justicia transicional*, Brasilia, Comisión de Amnistía del Min. de Justicia, 2011, pp. 265-291.
- Carazo O., Pía: “El Sistema Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, Armin v. *et al.* (Eds.): *¿Integración suramericana a través del Derecho?* Heidelberg & Madrid, MPI aöRV & CEPC, 2009, pp. 231-286.
- Carbonell, Miguel (Ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- (Ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carreras, Sandra & Potthast, Barbara: *Eine kleine Geschichte Argentinens*, Fráncfort, Suhrkamp, 2010.
- Casal H., Jesús M.: “El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina”, en revista *Rechtsgeschichte*, n° 16, Fráncfort, Klostermann, 2010, pp. 212-241.
- Castro H., Carlos E.: *Salud y seguridad social*, Bogotá, FES, 2012.

- Colectivo de Abogados José Alvear R., *Diez verdades sobre Carbones de Cerrejón*, Cajar, 2019, [https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/diez\\_verdades\\_sobre\\_carbones\\_de\\_cerrejon.pdf](https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/diez_verdades_sobre_carbones_de_cerrejon.pdf) (5.1.2020).
- Couso, Javier *et al.*: *Constitutional Law in Chile*, Alphen, Wolters Kluwer, 2011.
- Cristi B., Renato & Ruiz-T., Pablo: *La república en Chile*, Santiago, Lom, 2006.
- Cumplido C., Francisco: “Reforma constitucional en Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n° 1, Berlín & Montevideo, KAS, 2006, pp. 105-113.
- Cunha, Paulo F. da: “Do constitucionalismo brasileiro”, en revista *Historia Constitucional*, n° 8, Madrid & Oviedo, CEPC & Univ. de Oviedo, 2007, pp. 263-271.
- Defensoría del Pueblo (Ed.): *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2019.
- Delgado R., Camilo A.: *Políticas públicas, juez constitucional y derechos sociales*, Bogotá, Ibáñez, 2018.
- Díaz L., Claudio H. *et al.*: “Formación docente en Chile”, en revista *Civilizar*, vol. 15, n° 28, Bogotá, Univ. Sergio Arboleda, 2015, pp. 229-246.
- Dinerstein, Ana C.: “Impeachment or ‘Soft Coup?’” en *DevLog@Bath*, de 19.5.2016, <https://cdsblogs.wordpress.com/> (5.1.2020).
- Duarte H., Natally *et al.*: “La implementación del Acuerdo final de paz (Meta)”, en Marquardt, Bernd *et al.* (Eds.): *Paz territorial y paz pedagógica en Colombia*, Bogotá & Göttingen, Ibáñez & UNAL & Univ. Göttingen, 2019, pp. 247-299.
- Duque, Iván *et al.*: *Bases del Plan Nacional de Desarrollo, 2018-2022*, Bogotá, DNP, 2019.
- Echeverri U., Álvaro & Duque A., Corina: *Política y constitucionalismo en Suramérica*, Bogotá, Ibáñez, 2015.
- FAO *et al.*: *Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe 2018*, Santiago de Chile, FAO, 2018.
- Feoli, Marco: “Las cortes super poderosas” en revista *Pensamiento Jurídico*, n° 41, Bogotá, UNAL, 2015, pp. 127-162.

- Ferrajoli, Luigi: *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferreya, R. Gustavo: *Fundamentos constitucionales*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2015.
- *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2016.
- Ganser, Daniele: *Illegale Kriege*, Zürich, Orell Füssli, 2016.
- García B., Domingo: “Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy”, en Valadés, Diego & Carbonell, Miguel (Eds.): *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, 2ª ed., México, UNAM, 2004, pp. 195-209.
- García C., Diego: *Caso Oxy, Defensa jurídica de una decisión soberana y en derecho del Estado ecuatoriano*, Quito, Procuraduría, 2014.
- García L., Jorge M.: *Constituciones iberoamericanas, Guatemala*, México, UNAM, 2006.
- García V., Mauricio: “Constitucionalismo aspiracional”, en revista *Análisis Político*, vol. 25, n° 75, Bogotá, UNAL, 2012, pp. 89-110.
- & Quiroz L., Laura: “Apartheid educativo”, en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n° 25, Bogotá, Univ. Externado, 2011, pp. 137-162.
- Gargarella, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución, Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.
- *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 2 tomos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Góngora M., Manuel E.: “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana”, en Bogdandy, Armin v. et al. (Eds.): *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 145-180.
- González J., Jorge: “El autoritarismo latinoamericano en la ‘era democrática’”, en revista *Precedente*, vol. 6, Cali, Univ. Icesi, 2015, pp. 9-31.
- Grijalva J., Agustín: *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional, 2012.

- Gros E., Héctor & Esteva G., Eduardo G.: *Constituciones iberoamericanas, Uruguay*, México, UNAM, 2005.
- Gudynas, Eduardo: “Politische Ökologie”, en revista *Juridikum*, n° 4, Viena, Vlg. Österreich, 2009, pp. 214-218.
- Heritage Foundation (Ed.): *2019 Index of Economic Freedom*, <https://www.heritage.org/index/explore?view=by-variables&u=636853125789029217> (5.1.2020).
- Huertas D., Omar & Cáceres T., Víctor M.: “Los golpes de Estado constitucionales en Latinoamérica”, en revista *Justicia Juris*, vol. 10, n° 2, Barranquilla, Univ. Autónoma, 2014, pp. 28-35.
- Jaramillo F., Verónica: “Violaciones a los derechos humanos en el conflicto armado”, en *Revista Derechos Humanos*, vol. 2, n° 4, Buenos Aires, Min. de Justicia y Derechos Humanos, 2014, pp. 201-216.
- Jaramillo P., Juan F.: *Constitución, democracia y derechos*, Bogotá, Dejusticia, 2016.
- Jost, Stefan: *Bolivien, Politisches System und Reformprozess 1993-1997*, Opladen, Leske & Budrich, 2003.
- Kada, Naoko: “Impeachment as a Punishment for Corruption? The Cases of Brazil and Venezuela”, en Íd. & Baumgartner, Jody C. (Eds.): *Checking Executive Power*, Westport, Greenwood, 2003, pp. 113-136.
- Kuppe, René: *Indigene Rechtsprechung und staatliches Recht in Lateinamerika*, Eschborn, GTZ & Univ. Wien, 2010.
- Kurtenbach, Sabine: “Venezuela, Wahlen allein reichen nicht”, en revista *GIGA Focus Lateinamerika*, n° 1, Hamburgo, GIGA, 2019, pp. 1-13.
- Landa, Cesar: “Los derechos fundamentales como límites a la legislación antiterrorista”, en García B., Domingo (Ed.): *La Constitución y su defensa*, Lima, IIDC, 2003, pp. 103-129.
- Landau, David: “Abusive Constitutionalism”, en *UC Davis Law Review*, vol. 47, Davis, Univ. of California, 2013, pp. 189-260.
- “Los derechos socioeconómicos sin transformación social en América Latina”, en BONILLA M., DANIEL (Ed.): *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo d. Hombre, 2016, pp. 265-304.

- Laughland, John: *A History of Political Trials*, Oxfordshire, Peter Lang, 2008.
- Llanos Mariana, & Tibi W., Cordula: “Die Justiz in Lateinamerika, Zwischen Unabhängigkeit und Kontrolle”, en revista *GIGA Focus Lateinamerika*, n° 9, Hamburgo, GIGA, 2013, pp. 1-8.
- Llinás A., David E.: *Constitución y ética constitucional*, Bogotá, Ibáñez, 2019.
- “¿Derecho público multinacional y anti-constitucional? Las reformas estructurales del Consenso de Washington y el derecho social en Brasil, Venezuela, Argentina y Colombia”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 185-264.
  - “Los derechos sociales en el Estado constitucional democrático, social y ambiental, Algunas problemáticas para su revisión en clave socio-cultural”, en Marquardt, Bernd *et al.* (Eds.): *Querétaro 1917 & Weimar 1919, El centenario del constitucionalismo de la democracia social, Anuario VIII de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2019, pp. 481-532.
- Loewenstein, Karl: *Verfassungslehre*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2000. Trad.: *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- López D., Germán A.: “Constitucionalización y protección judicial de los derechos sociales, Una aproximación al caso latinoamericano”, en revista *Pielagus*, vol. 9, Neiva, Univ. Surcolombiana, 2010, pp. 27-41.
- *La justicia constitucional colombiana, ¿Un gobierno de los jueces?* Neiva, Univ. Surcolombiana, 2005.
- López H., Claudia *et al.*: *Y refundaron la patria..., De como mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, 13ª reimpr., Bogotá, Debate, 2015.
- Lorenzo, Celso R.: *Manual de historia constitucional argentina*, tomo 3, Rosario, Juris, 1999.
- Lösing, Norbert: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden Baden, Nomos, 2001.

- Mähler, Annegret: “Wie autoritär ist Lateinamerika?” en revista *GIGA Focus Lateinamerika*, n° 8, Hamburgo, GIGA, 2008, pp. 1-8.
- Marquardt, Bernd: “El anti-constitucionalismo en la historia política de Colombia (1949-1990)”, en Íd. (Ed.): *Constitucionalismo científico (Anuario II de CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Temis, 2012, pp. 3-43.
- *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ibáñez, 2016.
  - *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, tomo 1, *Los métodos & la Modernidad Temprana, Los Virreinos de la Monarquía española, 1519-1825*, Bogotá, Ibáñez, 2019.
  - “La Constitución de Weimar de 1919, El centenario de una estrella del constitucionalismo comparado y carta materna del constitucionalismo social-liberal”, en Íd. et al. (Eds.): *Querétaro 1917 & Weimar 1919, El centenario del constitucionalismo de la democracia social, Anuario VIII de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 45-164.
  - “La paz territorial como paz judicial y justicia social”, en Íd. et al. (Eds.): *Paz territorial y paz pedagógica en Colombia*, Bogotá & Göttingen, Ibáñez & UNAL & Univ. Göttingen, 2019, pp. 17-104.
  - *Teoría integral del Estado, Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 2, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050), La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, Bogotá, Ibáñez, 2018.
- Mejía Q., Óscar et al.: *Teoría crítica de los medios de comunicación*, Bogotá, UNAL, 2009.
- & Múnica R., Leopoldo: “Constitución, democracia y Estado autoritario en Colombia”, en revista *Ciencia Política*, n° 6, Bogotá, UNAL, 2008, pp. 80-108.
- Merkel, Wolfgang: *Systemtransformation, Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung*, 2ª ed., Wiesbaden, VS Vlg., 2010.

- Mesa C., Gregorio: *Derechos ambientales en perspectiva de integridad*, 3ª ed., Bogotá, UNAL, 2013.
- Meza S., Rocio: “Judicial Enforcement and the Protection of the Right to Health and the Environment”, en revista *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 41, n° 2, Hamburgo, GVAP, 2008, pp. 169-184.
- Montoro i Ch., María J.: “El Estado ambiental de derecho, Bases constitucionales”, en Sosa W., Francisco (Ed.): *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 3437-3466.
- Morales A., Mariela: “El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía”, en Bogdandy, Armin v. et al. (Eds.): *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 65-144.
- *Protección supranacional de la democracia en Suramérica*, México, UNAM, 2015.
- Morales V., Andrés: “Derechos fundamentales y democracia en la filosofía del derecho de L. Ferrajoli”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *Constitutionalismo comparado*, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 483-512.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos (Ed.): *Informe analítico sobre la objeción de conciencia al servicio militar*, 2013.
- Naranjo M., Vladimiro: *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 12ª ed., Bogotá, Temis, 2014.
- Negretto, Gabriel L.: *Making Constitutions*, Cambridge, Univ. Press, 2013.
- Nogueira A., Humberto: “Decreto ley de amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el derecho internacional de los derechos humano”, en *Revista de Derecho*, vol. 18, n° 2, Valdivia, Univ. Austral, 2005, pp. 107-130.
- “La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur”, en revista *Contribuciones*, vol. 3, Buenos Aires, KAS, 2002, pp. 153-230.



- Nolte, Detlef: “Regionale politische Sonderentwicklungen”, en BPB (Ed.): *Lateinamerika II*, Bonn, BPB, 1994, pp. 31-34.
- “Verfassungsreformen und Verfassungskrise in Honduras in vergleichender Perspektive”, en revista *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 43, n° 1, Hamburgo, GVAP, 2010, pp. 28-45.
  - “Verfassungspopulismus und Verfassungswandel in Lateinamerika”, en revista *GIGA Focus Lateinamerika*, n° 2., Hamburgo, GIGA, 2009, pp. 1-7.
  - “Zurück zur Demokratie in den 80er Jahren”, en BPB (Ed.): *Lateinamerika II*, Bonn, BPB 1994, pp. 35-41.
- Núñez M., Raúl F. & Canal F., Sebastián: “Las masacres de Río Negro, Reflexiones sobre el genocidio de las comunidades indígenas y la obligación de investigar, juzgar y castigar”, en revista *Criterio Jurídico*, vol. 12, n° 2, Cali, Univ. Javeriana, 2012, pp. 121-150.
- Olano G., Hernán A.: *Constitucionalismo histórico*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2007.
- OECD (Ed.): *Education at a Glance 2019, OECD Indicators*, París, OECD, 2019.
- (Ed.): *PISA 2018 Results, What Students know and can do*, t. 1, París, OECD, 2019.
  - & BID & Banco Mundial (Eds.): *Panorama de las pensiones, América Latina y el Caribe, BID et al.*, 2015.
- Ortega G., Gustavo A.: “Constitucionalismo ambiental y derechos ambientales”, en Mesa C., Gregorio (Ed.): *Derechos ambientales en disputa*, Bogotá, UNAL, 2015, pp. 43-123.
- Pacheco M., Luis A.: “Las penas ‘salvajes’ en el ejercicio de la función jurisdiccional de las comunidades nativas en el Perú”, en revista *Pensamiento Jurídico*, n° 22, Bogotá, UNAL, 2008, pp. 233-252.
- Palacios, Marco & Safford, Frank: *Colombia, País fragmentado, sociedad dividida, Su historia*, Bogotá, Norma, 2002.
- Pazos G., Ramiro & Sánchez L., Guillermo (Eds.): *Graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, Impr. Nacional, 2017.

- Peetz, Peter: “Honduras, Von einem Militärputsch, der keiner sein will”, en revista *GIGA Focus Lateinamerika*, n° 7, Hamburgo, GIGA, 2009, pp. 1-8.
- Pérez-L., Aníbal: *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge, Univ. Press, 2007.
- PNUD (Ed.): Índices e indicadores de desarrollo humano, Actualización estadística de 2018, Nueva York, PNUD, 2018.
- (Ed.): *La democracia en América Latina*, 2ª ed., Nueva York & Buenos Aires, Águila, 2004.
- Quinche R., Manuel F.: *Derecho constitucional colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2010.
- Rabasa, Emilio Ó.: “De la democracia hegemónica o unipartidista a la democracia institucional o pluripartidista”, en Valadés, Diego *et al.*: *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, pp. 303-312.
- Red. Justicia: “Abren puerta para revisar todas las condenas de Corte contra aforados”, en periódico *El Tiempo*, de 22.5. 2019, <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/abren-puerta-para-revisar-todas-las-condenas-de-corte-contra-aforados-365068> (5.1.2020).
- Red. Verdad Abierta: “De la curul a la cárcel”, en portal *VerdadAbierta.com*, de 28.8.2013, <https://verdadabierta.com/de-la-curul-a-la-carcel/> (5.1.2020).
- Reporteros sin Fronteras: *2019 World Press Freedom Index*, <https://rsf.org/en/ranking#> (5.1.2020).
- Ríos V., José L.: “Tres etapas del golpe ‘blando’ en Brasil”, en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 31, n° 43, Montevideo, Univ. de la Rep., 2018, pp. 183-204.
- Rodríguez, Gloria A.: *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, GIZ, 2014.
- Rojas B., Danilo: “Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo”, en Londoño U., Jorge E. (Ed.): *Justicia, derecho y posconflicto*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 369-402.
- Rojas Y., Iván O.: “El sistema de pensiones en Bolivia”, en revista *Fides et Ratio*, vol. 16, n° 16, La Paz, Univ. La Salle, 2018, pp. 221-241.

- Romero R., Eduardo: “El principio del desarrollo sostenible en Colombia”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 377-428.
- Romero T., Juan F.: “Constitucionalismo social en América Latina”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *Constitucionalismo científico II, Entre el Estado y el mercado (Anuario III de CC - Constitucionalismo Comparado)*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 69-97.
- *Derecho fundamental a la salud, La Ley 1.751 de 2015, Travesía hacia un Derecho Social Fundamental*, Bogotá, Ibáñez, 2019.
- “El péndulo del constitucionalismo social”, en Marquardt, Bernd et al. (Eds.): *Querétaro 1917 & Weimar 1919, El centenario del constitucionalismo de la democracia social, Anuario VIII de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2019, pp. 225-338.
- “La puerta alterna de las acciones de inconstitucionalidad”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 519-580.
- *Las acciones públicas de inconstitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ibáñez, 2016.
- Rosales H., Eduardo A.: *El juicio del siglo, Augusto Pinochet frente al derecho y la política internacional*, México, Plaza y Valdés & Univ. del Valle, 2008.
- Ruiz L., Rocío: “México ¿la dictadura perfecta?” en revista *Amérique Latine Histoire et Mémoire*, n° 38, París, Univ. Paris 8, 2019, <http://journals.openedition.org/alhim/8256> (7.2.2020).
- Ruíz M., Natalia: “Encuentros y desencuentros de un pluralismo jurídico en Colombia ¿es posible una sociedad pluriétnica democrática?” en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, Anuario IV de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, UNAL, 2015, pp. 435-472.
- Saffon, M. Paula & García V., Mauricio: “Derechos sociales y activismo judicial”, en *Revista estudios socio-jurídicos*, vol. 13, n° 1, Bogotá, Univ. del Rosario, 2011, pp. 75-107.

- Sagüés, Néstor P.: *Constituciones iberoamericanas, Argentina, México*, UNAM, 2006.
- Salazar-C., Carlos G.: “Breve historia del derecho penal colombiano”, en revista *Principia Iuris*, vol. 13, n° 26, Tunja, Univ. Santo Tomás, 2016, pp. 35-53.
- Sánchez B., Esther: *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, UNAL, 2010.
- Semper, Frank: *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Temis, 2018.
- Serna de la G., José M.: *La reforma del Estado en América Latina*, México, UNAM, 1998.
- Silva, José A. da: *Constituciones iberoamericanas, Brasil, México*, UNAM, 2006.
- Silvero S., Jorge: “Die Verfassung der Republik Paraguay von 1992”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF*, tomo 46, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 609-670.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy: “Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law”, en revista *Trade, Law and Development*, vol. 3, n° 1, Jodhpur, National Law Univ., 2011, pp. 203-232
- Santos, Boaventura de S.: *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, IIDS, 2010.
- Suárez D., José M.: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 265-336.
- Thibaut, Bernhard: *Präsidentalismus und Demokratie in Lateinamerika*, Opladen, Leske & Budrich, 1996.
- Thiery, Peter: “Lateinamerika”, en Merkel, Wolfgang (Ed.): *Defekte Demokratie*, Wiesbaden, VS Vlg., 2006, pp. 21-162.
- Tirado S., Arantxa: *Venezuela, Más allá de mentiras y mitos*, Madrid, Akal, 2019.
- UN-Habitat (Ed.): *Slums of the World*, Nairobi, UN-Habitat, 2003.
- Uprimny Y., Rodrigo: “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Dejusticia*, 2017, [https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_47.pdf](https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf) (5.1.2020).

- “La judicialización de la política en Colombia”, en Palacio, Juan M. & Candiotti, Magdalena (Eds.): *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, pp. 45-63.
  - “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en Rodríguez G., César (Ed.): *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-138.
  - “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court”, en Gargarella, Roberto *et al.* (Eds.): *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 127-152.
- Valencia Villa, Hernando: *Cartas de batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana, 2010.
- Vargas L., Alan E.: “El derecho al medio ambiente en la nueva Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 18, Berlín & Bogotá, KAS, 2012, pp. 251-270.
- “La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 20, Berlín & Bogotá, KAS, 2014, pp. 143-166.
- Vega R., M. Luz: *La reforma laboral en América Latina, 15 años después, Un análisis comparado*, Lima, OIT, 2005.
- Vergottini, Giuseppe de: *Las transiciones constitucionales*, Bogotá, Univ. Externado, 2002.
- Viciano P., Roberto & Moreno G., Gabriel: “Cuando los jueces declaran inconstitucional la constitución”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 22, Madrid, CEPC, 2018, pp. 165-198.
- Vivas B., Tania G. & Cubides C., Jaime A.: “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, en revista *Entramado*, vol. 8, n° 2, Cali, Univ. Libre, 2012, pp. 184-204.
- & Toro B., Estefanía: “Estudio sobre el cumplimiento de la sentencia Masacre de Mapiripán contra Colombia”, en revista *Prolegómenos, Derechos y Valores*, vol. 19, n° 37, Bogotá, Univ. Militar Nueva Granada, 2016, pp. 37-56.

Weisbrot, Mark & Sachs, Jeffrey: *Sanciones económicas como castigo colectivo, El caso de Venezuela*, Washington, Center for Economic and Policy Research, 2019.

Williams O., Guido: *Causales para decretar el estado de excepción constitucional de emergencia*, Santiago, Congreso, 2019.

World Inequality Database: *Top 1 % National Income Share*, 2019, [https://wid.world/world/#sptinc\\_p99\\_p100\\_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country](https://wid.world/world/#sptinc_p99_p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/5.487/30/curve/false/country) (5.1.2020).

— *Top 10 % National Income Share*, 2019, [https://wid.world/world/#sptinc\\_p90p100\\_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/25.253500000000003/80/curve/false/country](https://wid.world/world/#sptinc_p90p100_z/US;FR;DE;CN;ZA;GB;WO/last/eu/k/p/yearly/s/false/25.253500000000003/80/curve/false/country) (5.1.2020).

# La escuela sociocultural de la paz pedagógica: Una apuesta hacia la construcción de paz sostenible

*The socio-cultural school of educational peace:  
A commitment to building sustainable peace*

*A escola sociocultural da paz pedagógica: Uma  
aposta em direção a construção de paz sustentável*

*L'école socioculturelle de la paix pédagogique:  
Un pari vers la construction d'une paix durable*

*寓教于乐的社会文化学校:建设可持续的和平之间。*

Maria Inés Sánchez Cardona<sup>1</sup>  
Universidad Jaume I - España

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

Año 5/Nº 14 VERANO 2019/20 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e357>

ORCID: <https://orcid.org/>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

**Resumen:** El constante desarrollo de nuevos estudios de paz ofrece siempre un marco o paradigma interpretativo de la realidad y específicamente de las expresiones individuales o sociales que pugnan en busca de ella. En esta perspectiva se sitúa la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*, como una posibilidad teórica y práctica que intenta entender, transformar e interpretar nuevas realidades de la coexistencia

---

<sup>1</sup> Mariela Sánchez Cardona, Doctora en Estudios de Paz Conflicto y Desarrollo de la Universidad Jaume I- España. Profesora investigadora a nivel de posgrados en diferentes universidades de Colombia, en temas de cultura y pedagogías de paz. Hace parte del grupo Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia donde lidera la línea de Constitucionalismo y Paz. Correo electrónico: marielainesanchez@hotmail.com

en el mundo actual. Así pues, en el presente escrito se ponen en relación términos y acción como escuela, sociocultural y *paz pedagógica* como una propuesta hacia la cimentación de una paz sostenible.

**Palabras clave:** Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica, ética de la paz, cultura, sociedad.

**Abstract:** The constant development of new peace studies always offers a framework or interpretive paradigm of reality and specifically of the individual or social expressions that struggle in search of it. In this perspective the Sociocultural School of Pedagogical Peace is situated, as a theoretical and practical possibility offered to reality to understand, transform and interpret it. Thus, in this paper terms and action such as school, sociocultural and pedagogical peace are listed as a proposal towards the foundation of a sustainable peace.

**Keywords:** Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica, ethics of peace, culture, society.

**Resumo:** O constante desenvolvimento de novos estudos da paz oferece sempre uma quadro ou paradigma interpretativo da realidade e especificamente das expressões individuais ou sociais que lutam em busca dela. Nessa perspectiva está situada a Escola Sociocultural de Paz Pedagógica, como uma possibilidade teórica e prática que tenta entender, transformar e interpretar novas realidades de convivência no mundo atual. Assim, no presente artigo entram em relacionamento termos e ações como escola, sociocultural e paz pedagógica são como uma proposta para a fundação da paz sustentável.

**Palavras-chave:** Escola Sociocultural da Paz Pedagógica, ética da paz, cultura, sociedade.

**Résumé:** Le développement constant de nouvelles études sur la paix offre toujours un cadre ou un paradigme interprétatif de la réalité et tout particulièrement des expressions individuelles ou sociales qui luttent à sa recherche. L'École socioculturelle de la paix pédagogique se situe dans cette perspective, comme une possibilité théorique et pratique qui essaie de comprendre, transformer et interpréter les nouvelles réalités de la coexistence dans le monde d'aujourd'hui. Ainsi, dans le présent essai, des termes et action tels que école, socioculturelle et paix pédagogique



sont mis en relation comme une proposition vers la fondation d'une paix durable.

**Mot-clés:** Ecole Socioculturelle de la Paix Pédagogique, éthique de la paix, culture, société.

**摘要:** 新和平研究的不断发展总是为现实，特别是为寻求现实而奋斗的个人或社会表现形式提供解释框架或范例。教育和平社会文化学派就以这种观点为出发点，作为一种理论和实践可能性，试图理解，转变和解释当今世界共存的新现实。因此，在本写作中，将诸如学校，社会文化和教学和平之类的措辞和行动作为建立可持续和平基础的建议。

**关键词:** 教育和平社会文化学院, 和平伦理, 文化, 社会。

---

## Introducción

Las acciones por generar escenarios de paz han sido una constante en el devenir del ser humano, su apuesta se ha caracterizado por abordar, desde lo individual, social, político, cultural y hasta económico, pensamientos que edifiquen una sociedad basada en principios que buscan empoderar la paz como un motor de la historia, hacer que aquella también forme parte de los manuales y libros de textos que muchas veces encarnan la historia oficial de las naciones (Jiménez Arenas & Muñoz, 2012; Marquardt, 2017).

Así pues, la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* estimula nuevos aprendizajes en torno al conocimiento e investigación de las paces como una apuesta hacia la construcción de una paz posible y sostenible en la humanidad. Al interior de ella se quiere resaltar tres conceptos que estarán siempre interactuando y retroalimentando los procesos: el concepto de *escuela*, de sociedad, donde está integrada la noción de *cultura* (sociocultural), y el concepto de *paz pedagógica*. En torno al primer concepto: *la escuela*, esta es concebida como un espacio humano donde se generan nuevos pensamientos y actuaciones frente a problemáticas sociales comunes para los actores (as) y

participantes, los cuales pueden ser individuos o colectividades. A través de estos lineamientos se pretende en estos espacios tejer redes de conocimiento que acompañen y cuestionen constantemente la coherencia de paz en el pensamiento, sentimiento y actuación de la sociedad (Sánchez Cardona, 2016, 2019).

La segunda concepción –*sociocultural*–, tiene su relevancia en este saber ya que concebimos la violencia no como dimensión genética donde el ser humano y la sociedad no tiene opciones de vida, sino un aprendizaje sociocultural- tesis que es ampliamente argumentada por Adams en su texto *Cultura de paz: una utopía posible* (2014) –quien describe al ser humano bajo la posibilidad de imaginar nuevas formas de concebir y vivir la paz. En estos contextos socioculturales es donde se teje el lenguaje y tanto las cosmovisiones individuales como grupales de paz y/o violencia. Es al interior de estos escenarios, donde se desarrollan estrategias sostenibles de la paz basadas en las virtudes para la convivencia pacífica reconociendo y respetando la individualidad de cada cultura.

Con la tercera y última categoría, *paz pedagógica*, se quiere indicar que la paz es una construcción que se aprende (Ansembourg y Van Reybrouck: 2017), desaprende y se enseña todos los días, ella está presente en la interacción con nosotros mismos, el ambiente y la sociedad. Esta característica de ser pedagógica y transmisible permite el crecimiento y la investigación de nuevas formas de actuar en el mundo desde el saber y conocimiento de quien sufre y ha sido excluido socialmente. El aprendizaje con el otro(s) se concibe de forma horizontal, y se hace un giro del saber de la paz de *centro a periferia*. En este sentido, los académicos o los usualmente llamados expertos de paz y actores violentos no son el centro de estudio, sino los grupos y personas que viven o han vivido en diferentes condiciones la violencia (directa, estructural y/o cultural) (Jiménez, 2011; 2018) y desde allí han construido sus propias pedagogías para dignificar sus vidas en sus territorios o espacios socioculturales. De esta manera, la noción de *paz pedagógica* transversaliza

el pensamiento de la Escuela Sociocultural y sirve de insumo constante para revitalizar y dar vida a las teorías de educación para la paz en diferentes contextos educativos. Al respecto, la autora ha planteado en otras investigaciones (2016, 2019), la importancia que las instituciones educativas de cada país desarrollen metodologías propias de paz para seguir reinventando y descubriendo otras formas de hacer las paces en una sociedad por ejemplo la colombiana, que ha sido atravesada por la violencia en diversos contextos sociopolíticos.

El presente artículo desarrollada la conceptualización epistémica y científica de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* en tres grandes apartados. El primero, expone algunas problemáticas que impiden la sostenibilidad de la paz en un mundo globalizado. El segundo apartado, desarrolla los principales horizontes y lineamientos estratégicos de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*. Por último, se presentan las conclusiones del estudio y las posibilidades de realización de los principios de la *Escuela*.

## **Problemáticas que impiden la sostenibilidad de la paz en un mundo globalizado**

Las problemáticas socioculturales de las naciones entorno a la realización de una paz sostenible en el mundo, se ha convertido en un gran reto para los saberes académicos, epistemológicos, sociales, culturales y políticos de los Estados. Así pues, encontramos cifras alarmantes en el aumento en niveles de pobreza, desplazamiento forzado, recorte de presupuesto en programas sociales y educativos, altos niveles de corrupción, problemas de xenofobia, consumo desmedido, cambio climático, entre otros. Por ejemplo, en Honduras entre 2016 y 2019, según la Interpol, han desaparecido más de mil menores de edad y se calcula que el 70 % de los niños y adolescente viven en condiciones de pobreza (Mesa, 2020). De igual forma, se observa como los niveles de violencia en Colombia han aumentado en los últimos años, según datos del Instituto de Medicina

Legal en 2018 se registraron 12.130 homicidios, mientras que en 2019 se indican cerca de 11.800 (Forensis, 2019), así mismo sucede con el hurto, el desempleo, la escasa atención de salud y el elevado índice de suicidio.

En una entrevista realizada a la psiquiatra Astrid Arrieta Molinares, presidenta de la Asociación Colombiana de Psiquiatría (Redacción El Espectador, 2020) frente al problema de suicidio en Colombia, se anota que este permaneció durante muchos años con una tasa de de 4 por 100.000 habitantes, sin embargo, en los últimos años se incrementó a 5,9 por 100.000 habitantes. Además, explica que el país está mal adaptado, que tiene problemas de violencia, de pobreza y no existen oportunidades. En adolescentes de 15-19 años, el suicidio es la segunda causa de muerte entre niñas, y la tercera entre niños según informe de la Organización Mundial de la Salud (Redacción El Espectador, 2020, pp. 20-21). Bajo tal perspectiva, durante el último año se evidencia un aumento de expresiones y manifestaciones sociales como una forma de hacer un llamado de atención a los gobiernos de turno para diseñar mejores estrategias para remediar los problemas que aqueja a la humanidad, lo cual está poniendo en evidencia la vulnerabilidad de paz en el mundo.

Aunque las protestas masivas que tuvieron lugar en muchas ciudades del mundo en 2019 se formaron espontáneamente, no surgieron de la nada. La confianza en que los gobiernos o los mercados pueden ofrecer a la gente una oportunidad justa en la vida se ha debilitado en muchos países” (Shanmugaratnam, 2020, p. 6).

Esta perspectiva poco alentadora, debe llamar la atención tanto a los individuos como a las instituciones del Estado a pensar de manera mancomunada en la construcción de una ética de paz que se cuestione cuál es el compromiso verdadero que se debe tener con la humanidad y el planeta en general, donde el concepto de *paz mundo* no se pierda por el egoísmo de algunos grupos que ignoran la relación directa que tienen

sus actuaciones presentes, con la injusticia social por la que atraviesa el mundo.

Esas tensiones se manifiestan de diversas formas, según donde uno mire, pero reflejan realidades subyacentes. La movilidad social es obstinadamente reducida en muchos países, el crecimiento económico se ha desacelerado, los jóvenes ven menos perspectivas de buenos empleos y posibilidades de comprar una vivienda, y las brechas en la riqueza se han ampliado (Shanmugaratnam, 2020, p. 6).

Es claro que dichos problemas globales retan de una manera particular a los estudios de la paz para generar nuevos conocimientos en pro de la sostenibilidad y plausibilidad de la paz. Sin lugar a dudas en este nuevo pensar de un mundo posible, la educación jugará un papel trascendental, por ello es importante focalizar todos los esfuerzos en empoderar más la disciplina de la pazología<sup>2</sup> en todas las instituciones educativas para impulsar la confianza en el futuro de las naciones.

Tal panorama refleja la urgente necesidad de aunar esfuerzos entre investigadores, academia, institucionalidad y comunidad por hacer de la paz algo más que un simple momento silenciado, algo más que una mera aspiración personal. Y es que la preocupación por mover la paz hacía el paradigma científico es una intención latente y que debe ser estudiado a profundidad, sin embargo, es entendible que el cambio paradigmático sea lento y osado (Sánchez Cardona, Forero y Duque, 2019, p. 173).

Es desde esta perspectiva, donde el artículo desea realizar algunos aportes a partir la *Escuela Sociocultural de la Paz*

---

<sup>2</sup> La pazología se refiere a los estudios de la evolución de la paz en todas sus dimensiones y diferentes contextos de vida: personal, familiar y social. Al respecto se recomienda las investigaciones de Sánchez Cardona (2017a; 2018b) quien ha analizado como la educación en varias facultades de derecho se ha centrado más en la violencia que la paz. De igual forma se recomienda revisar las investigaciones de Jiménez Bautista (2011; 2018), Marquardt (2017), Muñoz y Jiménez (2012), Martínez (2011), Adams (2014), entre otros.

*Pedagógica*, en el cual se visualice al ser humano como creador de nuevos caminos hacia la solidaridad y la confianza en las innumerables posibilidades que posee para hacer las paces. Esta forma de aproximarse a la paz desde las potencialidades del individuo que propone dicha escuela del conocimiento, ya se ha venido examinado en la historia de algunas comunidades y grupos sociales en Colombia, específicamente en los departamentos de Cundinamarca, Boyacá Antioquía (Castro, Duque, Sánchez Cardona, 2018) y Meta (Sánchez Cardona 2018d; Sánchez Cardona, Forero y Duque, 2019). Es por ello que, desde este enfoque para investigar la paz en diferentes escenarios sociales, se anhela seguir profundizando como una forma de aportar a la reconstrucción del tejido social a través de la firmeza en las bondades que posee la humanidad, para crear más ventanas y puentes de comunicación con los problemas que aqueja al mundo.

## Visiones de la Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica

Pareciera que estamos tan acostumbrados a recibir todos los tipos de violencia, que cuando se presentan otros escenarios de convivencia donde la cultura de paz está más desarrollada creemos no merecer el valor propio y nos sentimos incómodos hasta en el ejercicio de expresar el afecto con un solo abrazo. Un colega expresaba:

-[...] profe me sentí tan raro e incómodo en escenarios donde me recalcaron que mi papel como docente era importante y donde propiciaron espacio para comunicar mi valía como persona, esto ya lo había olvidado<sup>3</sup>.

Necesitamos advertir que la cultura del maltrato y el no reconocimiento no debe legitimarse bajo ninguna circunstancia. Siguiendo esta perspectiva, la *paz pedagógica* tiene como misión utilizar estrategias pedagógicas basadas en el amor, la

---

<sup>3</sup> Conversación sostenida durante un encuentro de investigación entre colegas.

compasión, la esperanza y la escucha activa sobre sí mismos y hacia los otros para generar espacios que logren sensibilizar la capacidad de sentir de nuevo nuestras emociones que han sido anestesiadas por largos periodos de tiempo. Este fenómeno de adormecimiento en la capacidad de sentir y expresar la emoción, se ha observado tanto en las personas y comunidades al ser ignorados, excluidos(as), maltratados y vulnerado su derecho humano a la paz. Es así como la *Escuela Sociocultural Paz Pedagógica*, aspira a despertar e iluminar las capacidades humanas para enaltecer de nuevo la fe y el descubrimiento de aquella fuerza interior que poseen las personas, como una forma de propiciar la expresión de sus emociones que han sido silenciadas a través del tiempo.

Estos sentimientos de tantos rostros humillados deben tener un canal humano de expresión en la realidad actual, para ser escuchados y dignificados en torno al arte de hacer la paz. Es aquí donde la *paz pedagógica* se nutre con las vivencias, sueños, frustraciones y esperanzas de aquellos grupos, personas, minorías y comunidades que parecen ser insignificantes, pero que finalmente serán los importantes para el aprendizaje de la paz. La autora cree que una manifestación de toda esta emocionalidad escondida frente a la injusticia, ha acontecido en los fenómenos sociales ocurridos en el 2019 en varios países del mundo:

El contexto de las protestas que han ocurrido recientemente en Francia, España, Irak, Hong Kong, Libia, Bolivia y Chile, las diferencias abundan. Pero lo que parecen tener en común son las emociones que los motivan: rabia, inconformidad resentimiento, malestar, desesperación e indignación... Sobre todo, indignación, un rechazo casi instintivo a un estado de cosas injusto o inequitativo. La indignación puede estar movida por el resentimiento y el deseo de reconocimiento, algo que Francis Fukuyama ha interpretado como la causa del malestar de muchos ciudadanos con las democracias contemporáneas. (Garzón, 2020, p. 10)

La *paz pedagógica* no percibe la paz como una meta, sino como un proceso que se teje todos los días y se deshace con cada problemática de violencia que encontramos en las realidades cotidianas. Podremos expresar que, al contemplarse este constructo nuevo de paz, este actuaría como una llama ardiente que está siempre impulsando formas armónicas para coexistir con el otro y con todos los seres vivos. Adicionalmente, se alimenta del contacto directo con las personas y comunidades que han convivido con las expresiones de paz y de violencia, al igual hace reflexión en espacios de soledad donde se plantea nuevos paradigmas de aprendizaje, investigación y enseñanza de la paz en los escenarios permeados por la violencia. Por ello, la *paz pedagógica* quiere entender cómo desaprende el ser humano la violencia y cómo aprende nuevas formas pacíficas de actuar en el mundo con una responsabilidad tangible frente a la *paz mundo*. Entre algunos de los lineamientos de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* se destacan:

1. *Paz pedagógica- aprende con el otro y también en la soledad*: con esta perspectiva se quiere denotar que el aprendizaje de los nuevos paradigmas de la paz se hace desde y con el otro. Se da un valor sobresaliente al reconocimiento de las verdades, subjetividades e imaginarios que tiene cada sujeto frente a los contextos de paz y/o violencia que se ha vivido. En este actuar desde y con el otro se construye un principio de verdad que aporta en el aprendizaje y pedagogía de la paz. Estas experiencias con las comunidades y grupos obligan a reflexionar en espacios de soledad a entender, construir y deconstruir nuevos paradigmas y teorías de paz centrado en los problemas reales de las personas y colectividades. En este enfoque el papel de expertos académicos en paz que no han tenido contacto con realidades sociales, posee poca cabida en esta construcción de saberes, pues definitivamente son las personas y grupos que sufren quienes juegan el rol de expertos, no los académicos mismos. En suma, el paradigma de conocimiento de paz gira del centro (académico) a la periferia.



2. Cuestiona nuevas formas de actuar hacia el concepto de paz mundo, la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* desea investigar los desafíos que tienen los individuos para trascender los saberes y sentimientos pacíficos, hacia la búsqueda de soluciones de los problemas que agobian al mundo. Ente proceso reta a generar nuevos conocimientos hacia la viabilidad y sostenibilidad de la paz en del mundo, desde la perspectiva de compromiso que tiene cada uno con el cuidado de las relaciones armónicas en el planeta. Se actúa con reflexiones en torno a que lo se hace o se deje de hacer en cada escenario de vida afecta directa o indirectamente a todos por la interconectividad que se tiene con la vida misma. De este modo, se intenta aportar a la *paz mundo* de forma tangible, no solo desde la palabra sino también desde el actuar. Autores como Jiménez Bautista y Rueda Penagos plantean como símbolo del pacifismo «paz mundo»<sup>4</sup>, “[...] parte de la premisa y defensa del ser humano. De nuevo, el reto consiste en enfrentarse a nuestros miedos personales y gritar fuerte: debemos trabajar por un mundo de paz” (Jiménez Bautista y Rueda Penagos, 2012: 229).

Podría expresarse de una manera más clara que la *paz pedagógica*, al interior de la escuela sociocultural aspira a estar siempre sintonizada con el sufrimiento humano en los diferentes contextos psicosociales y desde estos escenarios pedagógicos se quiere reflexionar acerca de los obstáculos que impiden la realización del derecho humano a la paz. En este actuar con las pedagogías de la paz, se sensibiliza a cada individuo en un pensamiento holístico donde prima el pensar, sentir y actuar hacia una *paz mundo* en el que la indiferencia, el individualismo y la insensibilidad por el problema del otro no tienen cabida. Es en este proceso de consciencia individual y colectiva es donde se legitima a la ciudadanía y diferentes

---

<sup>4</sup> Jiménez Bautista en investigaciones recientes de 2018, combina los términos de paz mundo y paz neutral como un aporte al nuevo paradigma pacífico. Ver cartografía de paces y cultura de paz en Temas actuales para la promoción de la cultura de paz, el estudio de conflictos y desarrollo (2018).

grupos activistas a confrontar constantemente a los dirigentes políticos en su rol que desempeña en pro de la paz social. En el contexto colombiano se ha criticado constantemente, el papel que ha tenido el Estado para cumplir los objetivos hacia una verdadera transformación pacífica.

La inercia de un estado paquidérmico y disfuncional aconseja también la reformulación. Más aun cuando la dirigencia del país no calculó los efectos de problemas sistémicos como la corrupción, la renuencia de altos funcionarios del Estado a autorreformarse, la baja calidad de la educación pública, los desmedidos privilegios de quienes viven del erario, la inequidad del sistema pensional, el impacto social de la inestabilidad, la informalidad laboral, la migración venezolana, un sistema tributario permanente, remendado e inequitativo (Garzón, 2020, p. 10).

La autora considera que esta inadecuada realización de las funciones de quienes representan al Estado ha ocasionado en la población sentimientos de desconfianza y falta de credibilidad por la paz, la cual es percibida como inalcanzable, débil o vulnerable, ya que ellos han impartido políticas que no han tenido grandes impactos en la calidad de vida de la ciudadanía y del planeta en general. Es por ello que la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* tiene el deber de cuestionar, si el tema de la realización de la paz mundo, se debe dejar solo en manos de dirigentes políticos o es competencia de todos y cada uno de los individuos y grupos sociales. Sin embargo, también se tiene el conocimiento que estos bloqueadores sociopolíticos que hacen parte de la violencia estructural<sup>5</sup> genera grandes miedos y visión de no futuro en los individuos y grupos que han sido excluidos de la sociedad, al respeto valdría la pena mencionar de nuevo a Jiménez Bautista y Rueda Penagos cuando precisan que:

---

<sup>5</sup> Concepto introducido por Johan Galtung en 1960, 1969 hace alusión a las injusticias e insatisfacción de las necesidades básicas humanas que se deben atender en una nación para vivir en paz. Retomado posteriormente por Fisas (2006) y Jiménez (2011).

Es el miedo que se ha convertido en nuestra diaria compañía, el pánico a asumir la responsabilidad individual, el abandono colectivo, todo ello nos obliga a reflexionar sobre esta nueva realidad y a buscar alternativas que compensen la pérdida de antiguas referencias en muchas personas; la ausencia de referencias éticas, tradicionales y valores, y el derrumbamiento de pautas culturales capaces de frenar los actos violentos destructivos, etc., son los que se hacen presentes en la actualidad (Jiménez Bautista y Rueda Penagos, 2012: 230).

Es en estos contextos de angustia y poca claridad frente al futuro en que viven muchas personas en Colombia y el mundo entero, la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* quiere hacer su aporte a la humanidad haciendo presencia y acompañamiento emocional a las colectividades, para desarrollar al interior de la cultura procesos de escucha reflexiva que ayuden a entender los sentimientos negativos que se generan en estas condiciones de vida. Este aprendizaje puede propiciar una red de apoyo y fortalecimiento de la capacidad de resiliencia en la sociedad, para impulsar nuevas formas de actuar hacia un mundo más justo y equitativo.

3. *Comparte saberes con los otros a un mismo nivel de conocimiento (educando, educador, comunidad)*: Se desea apuntar que este aprendizaje de la *paz pedagógica* dentro de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* actúe desde un nivel horizontal donde el educando, educador y/o comunidad interactúen a un mismo nivel de jerarquía porque el conocimiento de la paz no está centralizado en un solo saber o grupos de personas. Este se encuentra disperso en todos los actores interesados en construir, debatir, discernir, interpretar y compartir las experiencias de paz, que terminarán irradiando estos saberes a los lugares donde las personas y grupos sociales han sido excluidos sistemáticamente. De esta manera, las redes de conocimiento de la paz quedan descentralizadas e impactan a las regiones y espacios de formación a las diferentes

colectividades, que construyen y trabajan a diario para deconstruir la cultura de violencia y empoderar la paz en cada realidad.

4. *Construye investigación desde el actuar cotidiano.* El aprendizaje de la *paz pedagógica* surge desde las investigaciones cotidianas y desde allí se quiere desarrollar una masa crítica que cuestiona las formas de violencia emitidas desde las estructuras sociopolíticas de un contexto específico. Así pues, la *paz pedagógica* focaliza sus investigaciones en los individuos o grupos que están tejiendo nuevas formas de actuar en el mundo desde sus propios miedos, angustias y realidades. Ello permite enaltecer y visibilizar los saberes de aquellos que han sido ignorados por décadas en el país, fenómeno que ha obstaculizado su inclusión en pro del futuro de la paz.

En suma, centrando la atención en la investigación para la paz desde su cotidianidad, pero con una visión crítica ante el futuro de las realidades de violencia, se apunta a deslegitimar en las mentes de los individuos el continuismo del círculo de la pobreza y se reta a pensar y crear nuevos imaginarios y paradigmas de paz donde se conciba una mejor calidad de vida que esté al alcance de todos y no solo se privilegie a una minoría de personas.

5. *Fortalece y empodera a las juventudes hacia la construcción de un el tejido social con justicia e igualdad:* Su lente de acción está dirigido a privilegiar las investigaciones que conduzcan a la búsqueda de estrategias que dirijan la edificación de formas de pensar y escenarios sociales donde se legitime la justicia social e igualdad de derechos para que todos puedan disfrutar de una paz duradera y sostenible. La *paz pedagógica* en este pensar, le hace una apuesta a las juventudes para que sean protagonistas de este cambio social (Sánchez cardona, 2015) y tenga un liderazgo mejor que los mismos políticos de turno.

En un mundo sin ideología que nos expliquen el pasado y nos proyecten hacia el futuro, muchos ciudadanos sienten miedo, desesperación y se identifican de manera

muy frágil con el proyecto político nacional. No es casual que los jóvenes sean protagonistas de unos reclamos que se formulan precisamente en términos de deseos de un mejor mañana y que pongan sobre la mesa temas soslayados hasta ahora (Garzón, 2020, p. 10).

Se propone hacer un acompañamiento activo a esta población para motivarlo a seguir desempeñando su rol que ha cumplido para las grandes transformaciones de la sociedad (Sánchez Cardona, 2017b) e invitar desde sus potencialidades a no desfallecer en la construcción de un futuro, donde todos y cada uno tengan un papel activo en el arte de mejorar la convivencia con el otro. En este contexto se podría mencionar entre muchos ejemplos, el liderazgo de la joven Belga Amaya Coppens que, con solo de 25 años, afronta al presidente Ortega en Nicaragua quien, por defender la justicia en su país, ha caído dos veces presa y su lucha se ha convertido en el nuevo símbolo del movimiento social que pide un cambio político en el país centroamericano (Redacción Internacional, 2020, p. 5). Otro de los tantos ejemplos de jóvenes que han liderado cambios sociales más que los mismos gobiernos, es el caso de la activista sueca Greta Thunberg quien lucha por generar conciencia frente a las prácticas y políticas en torno al cambio climático.

En este mismo sentido, puede evidenciarse en las expresiones simbólicas-políticas que se expanden a lo largo y ancho de los territorios como una forma de exteriorizar inconformidades, necesidades y urgencia de cambios, como el caso de las manifestaciones ocurridas entre el 21 de noviembre y el 15 de diciembre del 2019, en gran parte del territorio Colombia, muchas de ellas abanderaron el término *cacerolazo* como una opción de acción no violenta que pronuncia el cansancio, la desidia y el desinterés por continuar bajo un sistema político que profundiza la desigualdad, materializa la inequidad e incrementa –por acción y omisión- los horrores de una violencia que no abandona al país.



Con el cacerolazo se inaugura una nueva forma de protesta social en Colombia (Redacción La Guía Cundinamarca, 2019)

La autora advierte que la propuesta de la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* debe incluir también en gran medida al profesorado, quien deberá ser formado tanto en el tema de la paz como en procesos humanos que faciliten la pedagogía de la paz en los educandos. Sin embargo, da un protagonismo central a la población joven en Colombia:

[...] quienes juegan un papel transcendental en la innovación de metodologías de paz en el manejo de los conflictos sociales. Son ello(as) indudablemente los que serán agentes de cambio y podrán impulsar los nuevos paradigmas de paz y esperanzas de vida para las futuras generaciones en pro de la construcción social de justicia y las relaciones pacíficas como el centro de atención de la humanidad (Sánchez Cardona, 2018c).

6. *Teje la ética de la paz y no la mercantilización de la paz:* uno de los grandes retos que aspira investigar la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*, es rescatar la ética de la paz en las mentes de todos los ciudadanos para que se convierta en un gran vector que oriente el cambio de la cultura de la violencia por la cultura de paz. En este sentido, se quiere señalar

que el tema de la paz en manos de los políticos de turno ha deteriorado su verdadero sentido, al hacer de ella un *marketing de la paz*, no una virtud fundamental para la construcción de una ética ciudadana tendiente a la práctica de virtudes, algunos autores han mencionado que:

Las virtudes dotan a los seres humanos de un sistema completo y plural de buenas formas de reconocimiento moral que facultan para la promoción de valores, de unión y accesorios que van desde el amor propio hasta el amor a los demás y el amor universal. (Muñoz y Molina Rueda, 2014: 59).

En esta misma dirección Linda Kavelin Popov en su texto *El proyecto de virtudes* (2000) resalta la virtud como una acción de fuerza, poder, capacidad y energía que permite:

Identificar y hacer conscientes a las personas de sus virtudes desde temprana edad, es una de las mejores formas para estimular voluntariamente sus potencialidades e incentivar su utilización cada vez que sea necesario (Kavelin Popov, 2000, p. 5).

La investigadora Popov (2000), ha aplicado en varios contextos sociales su teoría de las virtudes en pro de la cultura de la paz. Por ello se quiere retomar este concepto para impulsar la visión de una ética de paz que ilumine todas acciones en la tierra. En esta misma perspectiva la autora, está de acuerdo con el pensamiento del investigador Alemán Marquardt (2019) quien afirma que ninguna paz en el contexto colombiano es imposible y que para ello:

[...] es trascendental trabajar en el camino de las mentalidades entrenadas durante la Guerra de los 67 años que nadie puede malentender eufemísticamente como supuestas tradiciones culturales valiosas. El método clave es la educación para la paz, transmitiendo valores de la convivencia autocontrolada, cooperativa, constructiva y respetuosa. (p. 45)

De esta manera, la paz debe empoderarse como virtud en las instituciones educativas para que se desarrolle una masa crítica de abajo hacia arriba que logre permear de forma lenta y segura las estructuras de violencia que han sido construidas culturalmente a lo largo de la historia. En esta dirección, es posible señalar el caso del profesor Londinense Alex Beard, quien visitó cerca 20 países buscando prácticas pedagógicas exitosas. Afirma que no que no existe un método perfecto de educación, no obstante, reconoce la importancia de trabajar en la sociedad en temas de responsabilidad compartida

No creo que haya una educación perfecta. Una de las causas de que a Finlandia y Singapur les vaya tan bien en las Pruebas Pisa no son los colegios, son los valores y las actitudes en la sociedad. En Finlandia todos aman la educación, hay una responsabilidad compartida de todos. Ese es uno de los puntos en común entre países con prácticas pedagógicas exitosas (Taborda, 2020, p. 7).

Desde este horizonte, la *paz pedagógica* cree de nuevo que las generaciones jóvenes con el aprendizaje de una ética discursiva y argumentativa puede orientarse en la defensa del derecho a la educación para la paz y con este horizonte, se puede lograr avivar la comprensión y la importancia de generar una exigencia a la sociedad hacia una ética de la paz, para sacar de los imaginarios aquella idea de paz que se ha promulgado como un comodín y bandera en los últimos años por las estructuras políticas de turno, con el ánimo solo y exclusivamente de ganar seguidores en sus campañas políticas. Uno de los tantos casos que evidencia este pensamiento, se observa en municipio del Tambo, departamento del Cauca- Colombia, donde existen 12.000 víctimas del conflicto armado y sus pobladores aún no reciben ninguna reparación para dar cumplimiento al acuerdo de Paz alcanzado entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército Popular* (FARC-EP):



El profesor José Antonio Ante dice que la Ley de Víctimas le prometió al Colegio Agroindustrial, hace cuatro años, un sistema de producción pecuaria que consistía en 500 gallinas, 200 pollos de engorde, cinco novillas preñadas, 20 colmenas de abejas, 10 conejos y apoyo para cultivos de plantas medicinales. Todavía están esperando. En pocas palabras, las víctimas son el propósito de todos los políticos, pero cuando llegan a los cargos las promesas de campaña se olvidan (Umaña, 2020, p. 7).

Tales ejemplos exponen el peso mediático que ha tenido el tema de la paz en los últimos gobiernos, convirtiéndola en una bandera o propuesta de campaña y no en una política o meta-finalidad (Marquardt, 2017) del Estado, ello deriva en convertir la paz en un producto volátil y mercantil que es prioritario para algunos e insignificante para otros. (Rivas, 2016).

7. *Se sitúa desde el interior como fuente de pedagogía – aprendizaje:* La fuente principal del aprendizaje de la *paz pedagógica* es la vivencia interior que cada individuo y grupo ha tenido de las paces en sus diferentes escenarios de vida, donde se desea remover todas las capacidades de las comunidades, educandos y educadores que están invisibilizando la esencia misma de la paz. Esta *paz pedagógica* se instala al interior de cada uno, para hacer resonar las experiencias de vida de la paz que se ha generado en diferentes momentos y desde ahí se pretende posibilitar espacios de expresión social que ayude a otros en la búsqueda de la paz, para que sea el motor que posibilita los cambios hacia un futuro mejor de la sociedad. Por ello propone la autora la pertinencia de “desarrollar contenidos de una formación integral, donde la educación sea vista como un proceso humanizador y democrático “como crecimiento interior del individuo”, fundado en la constitución de ciudadanos para la paz, la convivencia y los derechos humanos.” (Sánchez Cardona, 2017b)

En esta dirección, en cada encuentro con las personas o comunidades se trata de desplegar procesos humanos que

posibiliten la búsqueda de tesoros escondidos para explorar cuidadosamente aquellos indicios donde puede existir, individual o socialmente, la perla preciosa de la paz. Para ello la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* explora procesos humanos de concordia en los grupos tanto a nivel del pensar, sentir y hacer en la historia de cada uno. En este camino se ha encontrado un común denominador y es que estos destellos de luz de paz han sido frecuentes en la vida de las personas, sin embargo, se ha opacado su exteriorización debido a la multidimensionalidad de la violencia que impide que emerjan dichas experiencias de vida.

*La Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* ha ratificado que el ser humano tiene el potencial de la paz que al hacerla consciente y socializarse nos identificamos como iguales y podemos luchar por el objetivo de la realización de la misma. De nuevo queremos subrayar que esta pedagogía de la paz se construye desde las vivencias de cada una y este aprendizaje es único. Con esta visión, la fuente de enseñanza no es la teoría misma de la paz ni las fórmulas prediseñadas, sino la experiencia de vida de cada persona como actor principal del proceso de paz que nace de su interior, desde allí se teje la pedagogía propia de la paz y sus conceptos. Se hará más visible a nivel social y se multiplicara si las instituciones sociopolíticas posibilitan escenarios para su desarrollo (Nussbaum, 2016).

8. *Esta en continua construcción y se reinventa todos los días:* la *paz pedagógica* está en continua evolución, no es lineal ni pretende aplicar igual metodología ni construcciones de paz en todos los contextos de la misma manera, ya que tiene claro que cada problema se desarrolla de forma diferente en cada realidad. Se nutre de la creatividad y aprendizajes nuevos que cada grupo ha tenido en ambientes de violencia y/o de paz. Se reinventa constantemente para lograr entender las dificultades que tienen las comunidades en el día a día del quehacer de la paz, donde cada experiencia entorno a la violencia es única como cada aprendizaje de armonía lo es en su momento. Los contenidos de

la paz no son el foco de accionar de la *paz pedagógica*, sino los procesos y vivencias que ha tenido cada persona y/o comunidad de la cual siempre habrá una construcción nueva de cultura y ella será única e irrepetible. Partiendo de estos aprendizajes la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* quiere hacer una apuesta continua a dinamizar nuevas formas de actuar en el concepto de *paz mundo*. Por tanto, ver la paz bajo la visión de mundo, expone que no seremos ajenos a las problemáticas presentes y futuras de la paz, tanto en las interacciones con nosotros mismos, los otros y el medio ambiente.

9. *Focaliza procesos de escucha reflexiva y de compasión en las interacciones.* Una de las estrategias para potencializar los procesos personales de paz de cada individuo y colectividad, es la escucha reflexiva de todos y cada uno de los participantes durante los procesos de socialización de problemáticas en la realización del derecho humano a la paz en sus escenarios de vida. Con esta estrategia la *paz pedagógica* desea concienciar en la comprensión de la historia de vida del otro por medio de la compasión<sup>6</sup> la cual no pretende cambiar a nadie ni entrar en juicios de valor de las realidades del otro. El psicólogo Marshall Rosenberg (2011; 2018), en sus investigaciones de manejo de conflicto, ha desarrollado el proceso de escuchar para facilitar metodologías no violentas en los conflictos.

La Comunicación No Violenta (CNV) nos enseña a observar cuidadosamente y detectar conductas y situaciones que nos afectan [...] al centrarnos con clarificar en lo que observamos, sentimos y necesitamos, en lugar de dedicarnos a diagnosticar y juzgar, se descubre cuán profunda es nuestra compasión. Dado que la CNV se centra principalmente en escuchar con atención no sólo a los demás, sino también a nosotros mismos, propicia

---

<sup>6</sup> Al respecto se puede consultar el texto de la *ciencia de la compasión* de García Campayo, Cebolla y Dermazo (2016), donde desarrollan claramente el concepto y proponen una terapia útil para desarrollar la virtud en el ser humano.

el respeto y la empatía y engendra un deseo mutuo de darnos de todo corazón (Rosenberg, 2000: p. 16).

Es importante clarificar que, en la comunicación no violenta, el uso de la escucha reflexiva, es fundamental para lograr percibir los puntos de vista de los otros sin desconectarnos de nuestros sentimientos, pero tratando en la medida de lo posible alejar los juicios de valor e interpretaciones de las actuaciones de las personas (Sánchez Cardona, 2018c, p. 156). Este proceso se puede equiparar con la idea de observar sin juzgar y ello facilita el silencio de la mente (Fernández, 2005, pp. 391-400).

En este sentido se hace un esfuerzo en despertar los sentimientos de solidaridad que se percibe al escuchar y entender el dolor humano sufrido sistemáticamente a causa de la injusticia social. El objetivo que persigue esta estrategia de escucha reflexiva, es meditar sobre los procesos interiores que se generan en cada uno, como producto del contacto con los excluidos socialmente y desde este sentir promover conductas en el compromiso por cambiar el rumbo de la inequidad social en el mundo.

Como se manifestó en el apartado inicial, en países como Colombia pareciera que la interacción con los escenarios de violencia por largos periodos de tiempo nos ha anestesiado a las manifestaciones de afecto para con nosotros mismos y los demás. Hemos interiorizado la cultura de la exclusión y cuando se nos abren las puertas para la participación en el futuro de la humanidad, pareciera que se va perdiendo lentamente en algunos grupos esta capacidad de asumir el rol activo en la sociedad.

La autora ha encontrado en sus investigaciones (2018a), que las manifestaciones de violencia en la vida de las personas han dejado tantas secuelas, que se percibe con frecuencia sentimientos de incomodidad y molestia en los espacios donde nos brindan la posibilidad de tener una igualdad de derechos. Pareciera que la auto-estima y la auto-valía al estar maltratada en la historia de vida de cada uno, ha dejado cicatrices

profundas en las relaciones socioafectivas. Por consiguiente, se puede deducir que ahora más que nunca se necesita nuevas y mejores enseñanzas cada vez más poderosas para movilizar el afecto y sinergia de los individuos en pro de la paz.

En recientes trabajos de campo con algunas comunidades de mujeres -en la ciudad de Pasto, departamento de Nariño, Colombia-, que han sufrido durante años maltrato y exclusión en diversos escenarios, se ha evidenciado la gran dificultad en este tipo de poblaciones para encontrar y reconocer sus valías como mujer, madre y lideresa social. Ellas han expresado -durante los encuentros de paz realizados con la *Corporación Sentiré*<sup>7</sup> en diciembre del 2019 y enero de 2020- enormes dificultades para examinar sus virtudes, debido a que gran parte de sus vidas se ha enaltecido culturalmente la sumisión frente al reconocimiento de sus potencialidades. Pareciera que han interiorizado tanto su papel y rol de sumisión social que han olvidado pensarse como sujetas activas para las transformaciones de sus regiones. Podría pensarse que este fenómeno de falta de reconocimiento personal de sus propias valías, se ha aprendido culturalmente pues no han sido educadas para mirarse y valorarse ellas mismas debido a la continua supresión de sus derechos impartida por las relaciones de poder patriarcales y opresoras. En estos contextos la *Escuela Sociocultural de Paz Pedagógica*, le compete avivar la llama de las virtudes de las poblaciones que han sido suprimidas a causa de la violencia utilizando estrategias que propicien procesos de auto-reconocimiento de las virtudes de la paz, las cuales deberán fluir desde el interior de las personas y expandirse hacia el afuera como un medio para activar su

---

<sup>7</sup> La autora es una de las cofundadoras de la corporación *Sentiré* creada en el 2018, una organización sin ánimo de lucro que propicia escenarios en el área socio-educativa y de investigación tanto para personas y grupos que han sido excluidos sistemáticamente. Así mismo la corporación, vincula a los empresarios y sociedad en general, a través de procesos humanos donde se active la virtud de la compasión y el sentir, desde lo afectivo, cognitivo y motivacional como una forma de contribuir a la cultura de la paz.

rol en los verdaderos desarrollos personales que impactaran indudablemente en los progresos de sus regiones.

En esta misma dirección la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica*, propicia conocimientos que ayude a la sensibilización a la capacidad de amar y la valía propia, para restablecer la auto-confianza (autoeficacia) en ellos mismos y de esta manera, romper con el círculo vulnerable de admisión de los maltratos que han sido legitimados por largos periodos de tiempo en sus vidas. De esta manera se puede despertar la capacidad de indignación ante la violencia creando una masa crítica ante la violación de sus derechos y se crear ambientes de bondades y virtudes de auto-reconocimiento donde se focalice los esfuerzos en reconocer sin temores, ni humildad sus fortalezas de paz que poseen tanto a nivel individual como social. Este trabajo desde su interior contribuye a empoderarlos en su nuevo papel en pro de la cultura de la paz en sus entornos y disminuye la perspectiva de ser vistas como disminuidas, suprimidas y opacadas socialmente.

En suma, los apartados desarrollados en este artículo desea acercarse desde otras formas de saber a las problemáticas sociopolíticas que están impidiendo la realización del derecho humano a la paz en la sociedad, con el ánimo de aportar de forma proactiva en el desarrollo de la sostenibilidad de paz en la nación.

## Conclusiones

La necesidad de ejecutar propuestas como la *Escuela Sociocultural de la Paz Pedagógica* permitirá arrebatar la paz de las manos de los actores políticos, violentos o los grandes centros de poder, lo que resultará en una construcción pacífica mancomunada donde el foco de atención sea la periferia.

En las nuevas aproximaciones de investigación para la paz, se precisa construir pedagogías del saber desde el conocimiento de los grupos y personas que han sido sistemáticamente

excluidas, son desde estos saberes donde se nutre y se debe enaltece la verdadera edificación de paz en la sociedad.

La aspiración de la paz pedagógica, es sensibilizar a la sociedad en general en pro de una consciencia individual y colectiva donde el pensamiento, sentimiento y actuación de cada uno, contribuya a reestructurar el tejido social hacia la concepción de *paz mundo*.

En la construcción de la cultura de la paz, es fundamental acompañar a las juventudes en la construcción de nuevos paradigmas de convivencia que legitime y exija a la sociedad una *ética de la paz*, basada en la justicia social e igualdad de derechos para que todos puedan disfrutar de una paz duradera y sostenible en el planeta.

## Bibliografía

- Adams David (2014): *Cultura de paz: una utopía posible*. México D.F, Editorial Herder.
- Ansembourg, D. y Van Reybrouck, D. (2017). *La paz se aprende*. Madrid: Arpa.
- Castro, S., Sánchez Cardona, M. y Duque, C. (2018). *Narrando paz ando. Iniciativas exitosas de paz en Cundinamarca, Boyacá y Antioquia, 2005-2013*, Bogotá: Universidad Nacional
- Fernández Herrería, A. (2005): Mundo emocional y silencio a través de la observación lúcida. En Actas V Congreso Internacional de Filosofía de la Educación (pp. 391-400). Madrid: Dykinson.
- Fisas Vicenc (2006): *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona: Editorial Icaria.
- García Campayo, J., Cebolla, A. y Dermazo, M. (coords.). (2016). *La ciencia de la compasión más allá del mindfulness*. Madrid: Alianza.
- Garzón, I. (2020). Marchas, cacerolas y mayorías silenciosas, en *Periódico El Espectador*, 17 de enero.
- Galtung, J. (1960). *The Strategic of conflict*, Cambridge: Harvard University Press.

- (1969). Violence, Peace, and Peace Research, in *Journal of Peace Research*, 6(3). 167-19.
- Instituto Nacional de Medicina Legal. (2019). Boletín Estadístico [2019]. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/349426/diciembre-2019.pdf/320ad04c-7c85-287f-804a-a49b1031d9f3>
- Jiménez Arenas, Juan y Muñoz, Francisco. (2012). La Paz, partera de la historia, en Jiménez Arenas, Juan y Muñoz, Francisco (eds). *La Paz, partera de la historia*. Universidad de Granada. Granada. (13-68)
- Jiménez Bautista, F. (2018). Cartografía de paces y cultura de paz, en Gómez Collado, M (Coord.). *Temas actuales para la promoción de la Cultura de paz, el estudio de Conflictos y el Desarrollo*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México.
- (2011). *Racionalidad Pacífica. Una introducción a los Estudios para la paz*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Jiménez Bautista, F. y Rueda Penagos, Z. (2012). Hacia un paradigma pacífico: la paz mundo, la paz compleja y la paz neutra, en *Ra-Ximhai*. 8(3). 223-243.
- Marquardt, B. (2017). *Ius Contra Bellum* -la promoción del potencial humano a la paz-, Bogotá: Ibáñez.
- (2019). La paz territorial como paz judicial y justicia social reflexión sobre las oportunidades de dirigir el camino de Colombia al posconflicto material, en Marquardt, B., Martínez, J. y Sánchez Cardona, M. (eds.). *Paz territorial y paz pedagógica. Revisión de tres años de posacuerdo en una sociedad dividida*, Bogotá: Ed. Ibáñez.
- Marquardt, B., Martínez, J. y Sánchez Cardona, M. (eds.). (2018). *Paz territorial y tierras. Una mirada crítica frente a los acuerdos de la Habana*. Bogotá: Ibáñez.
- Mesa Jesús (2020): Ser niño en Honduras y no desaparecer en el intento, en *Periódico El espectador*, 2 febrero.
- Muñoz, F y Molina Rueda, B. (2014). Virtudes clásicas para la paz. En F. Muñoz, y B. Molina Rueda (eds.), *Virtudes clásicas para la paz*. Granada: Universidad de Granada.
- Nussbaum Martha (2016): *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Bogotá. Editorial planeta



- Taborda, C. (2020). El hombre que recorrió el mundo para transformar la educación, en *Periódico El Espectador*, 28 de enero.
- Redacción El Espectador (2020). El suicidio no debe entenderse como falta de carácter, en *Periódico el Espectador*, 2 de febrero.
- Redacción Internacional. (2020). La joven belga que se enfrenta a Ortega en Nicaragua, en *Periódico El Espectador*, 29 de enero.
- Redacción La Guía Cundinamarca. (2019). “Con el cacerolazo se inaugura una nueva forma de protesta social en Colombia”: sociólogo Fabián Sanabria, en *La Guía Cundinamarca*, 23 de noviembre. Recuperado de: <https://laguiacundinamarca.com/noticia/23618/con-el-cacerolazo-se-inaugura-una-nueva-forma-de-protesta-social-en-colombia-sociologo-fabian-sanabria>
- Rosenberg, M. (2000). *Comunicación no violenta*. Barcelona, Ediciones Urano.
- (2011): *Resolver los conflictos con Comunicación No Violenta*. Barcelona: Editorial Acanto S.A
- (2018): *Ser paz en un mundo en Conflicto*. Barcelona: Editorial Acanto S.A
- Rivas, J. (2016). Los acuerdos de paz: ¿tema central de los partidos en la campaña presidencial en Colombia?, en *Ciencia Política*, 11(21), 365-396.
- Sánchez Cardona, M. (2015). Potencialidades de las generaciones jóvenes en el fortalecimiento del derecho humano a la paz, En Marquardt, B. (ed.). *El estado constitucional de los valores I. Anuario V del grupo de Investigación CC Constitucionalismo comparado*. Editorial Ibáñez.
- (2016). Paradigmas de paz y posconflicto en Colombia, en Marquardt, B. (Coord.). *Paz a través del derecho y de la constitución, constitucionalismo científico*, Bogotá: Ed. Ibáñez.
- (2017a). El aprendizaje de la paz en el derecho: perspectivas a partir de la labor del profesorado, en *Debates Contemporáneos sobre Administración de Justicia Penal en los Albores del Posconflicto en Colombia Tomo I*.
- (2017b). Hacia una propuesta de escuela sociocultural de la paz pedagógica en el postconflicto en Colombia, en Ballesteros M. (Comp.). *Justicia Constitucional Tomo I*. Bogotá: Ed. Ibáñez.

- (2018a). Educación para la cultura de paz: una aproximación psicopedagógica. Bogotá: Ed. Universidad Santo Tomás.
  - (2018b). La universidad un escenario de paz y convivencia, en Muriel, J., Checa, M. y Krüggeler, T. (eds.). *Paz, Reconciliación y Justicia Transicional*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
  - (2018c). La escuela sociocultural de la paz pedagógica en Colombia, en *Revista de Cultura de Paz*, 2, pp. 109-124.
  - (2018d). La paz territorial más allá del acuerdo de La Habana, en Marquardt, B., Martínez, J. y Sánchez Cardona, M. (eds.). (2018). *Paz territorial y tierras. Una mirada crítica frente a los acuerdos de la Habana*. Bogotá: Ibáñez.
  - (2019). Cuatro mitos y una propuesta para construir la paz, en *Revista CoPaLa*, 4(8), pp. 95-108.
- Sánchez Cardona, M., Forero, J. y Duque, M. (2019). De la Habana a la tierra: voces y pensamientos de las comunidades del departamento del Meta, en Marquardt, B., Martínez, J. y Sánchez Cardona, M. (eds.) *Paz territorial y paz pedagógica. Revisión de tres años de posacuerdo en una sociedad dividida*, Bogotá: Ed. Ibáñez.
- Shanmugaratnam, T. (2020). Pensadores 2020: protestas sociales no cederán si no se gobierna desde el centro, en *Periódico El Espectador*, 22 de enero.
- Umaña, O. (2020). Los muertos y las promesas incumplidas en el Tambo, Cauca, en *Periódico El Espectador*, 21 de enero.

# **Emergencia hídrica, ambiental y climática. Elementos para su configuración y relación en el Estado de Derecho**

*Emergency in water, environment and climate. Configuration and relationships within the rule of law*

*Emergência hídrica, ambiental e climática. elementos para sua configuração e relação no Estado de Direito*

*Urgence hydrique, environnementale et climatique. Elements pour sa configuration et relation dans un Etat de Droit*

水环境和气候紧急情况。法治中其构成和关系的要素

*Martín Liber*<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e358>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8827-6479>

Recibido: 23/12/2019

Aprobado: 10/03/2020

---

<sup>1</sup> Abogado (2003), Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (2009) y por la UNCuyo (2009). Miembro de la carrera del investigador científico del Conicet e investigador categoría IV (Com. Nac. de Acreditaciones). Profesor de Derecho Administrativo II de la UNCuyo y de Derecho Ambiental y de Recursos Naturales de las Universidades Nacional de Cuyo y de Mendoza. Ha publicado *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas* (Abeledo-Perrot); en coautoría, *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio* (Abeledo-Perrot) y co-dirigido *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental* (Lajouane).

**Resumen:** El artículo estudia, primero la emergencia hídrica fundada en la sequía como fenómeno jurídico, excepcional y dispositivo de gobierno que, utilizado en el marco de un Estado de Derecho, plantea una serie de problemas fundamentales. Desde la óptica de la excepción se analiza cómo las normas de emergencia por sequía exceptúan el principio de legalidad, de competencia, las formas de contratación, gasto y subsidios, el otorgamiento de derechos, tanto como los criterios de distribución y los caudales ecológicos preestablecidos. En segundo lugar, el desarrollo se proyecta al ámbito ambiental y del cambio climático luego de lo cual se abordan los tres elementos claves para la configuración de la emergencia: la determinación científica de la situación de emergencia y su duración o plazo. Finalmente se advierte sobre los riesgos que esa emergencia, como principal reacción y creciente respuesta normativa frente a la crisis hídrica, ambiental y climática contemporánea, puede plantear al tornarse permanente puntualizando diferencias, relaciones e implicancias recíprocas en los tres ámbitos de referencia a los que se dirigen las conclusiones.

**Palabras clave:** Emergencia hídrica – emergencia climática - estado de excepción – cambio climático

**Abstract:** From a comparative approach the article first studies water emergency founded on drought as a legal phenomenon, exception and government device that, used in the framework of a rule of law, raises a number of fundamental problems. From the exception point of view, it analyzes how emergency rules for drought except the principle of legality, competition, contracting and spending forms and subsidies, water rights granting, as well as water distribution criteria and ecological flows. Secondly, the environmental and climate emergency are addressed while identifying the three key elements for the emergency configuration: the scientific and objective determination of the emergency situation; its duration or term and the possible configuration of a permanent emergency or state of emergency. Finally, it warns about the risks that this emergency, as the main reaction and growing regulatory response to the contemporary water, environmental and climate crisis, may pose by becoming permanent, while it specify differences, relationships and reciprocal implications in the three areas of reference.

**Keywords:** Water emergency – climate emergency – state of exception – climate change

**Resumo:** O artigo estuda, primeiro a emergência hídrica fundada na seca como fenômeno legal excepcional e dispositivo governamental que, usado no âmbito do Estado de Direito, apresenta uma série de problemas fundamentais. Dede a perspectiva da exceção analisa-se como os regulamentos de emergência por seca exceptuam o princípio de legalidade, de concorrência, as formas de contratação, gastos e subsídios, a concessão de direitos, tanto com os critérios de distribuição e os fluxos ecológicos pré-estabelecidos. Em segundo lugar, o desenvolvimento é projetado ao meio ambiente e ao mudanças climáticas, após o qual são abordados os três principais elementos para a configuração da emergência: a determinação científica da situação de emergência e sua duração ou prazo. Finalmente alerta-se sobre os riscos que essa emergência, como principal reação e crescente resposta regulatória frente a crise hídrica, ambiental e climática contemporânea, pode gerar tornando-se permanente, destacando diferenças, relações e implicações recíprocas nas três áreas de referência às quais eles dirigem as conclusões.

**Palavras-chave:** Emergência hídrica - emergência climática - estado de exceção – câmbio climático.

**Résumé:** L'article étudie, tout d'abord, l'urgence hydrique fondée sur la sécheresse en tant que phénomène juridique exceptionnel et dispositif gouvernemental qui, utilisé dans le cadre de l'état de droit, plante une série de problèmes fondamentaux. A partir du cas d'exception, il analyse comment les normes d'urgence en cas de sécheresse permettent de faire exception au principe de légalité, de concurrence, aux formes de contrat, aux dépenses et subventions, à l'octroi de droits, ainsi qu'aux critères de distribution et aux flux écologiques préétablis. Deuxièmement, il traite des questions environnementales et du changement climatique, après quoi les trois éléments clés pour la configuration de la situation d'urgence sont abordés: la caractérisation scientifique de la situation d'urgence, sa durée ou son terme et la possible configuration d'une urgence ou d'un état d'urgence permanent. Enfin, il met en garde sur les risques que cet état urgence, comme principale réaction et réponse normative croissante face à la crise contemporaine de l'eau, de l'environnement et du climat, peut poser en devenant permanent, mettant en évidence les différences, les relations et les implications réciproques dans les trois domaines de référence.

**Mot-clés:** urgence hydrique - urgence climatique - état d'exception - changement climatique

**摘要:** 本文首先研究以干旱作为一种特殊的法律现象而建立的水紧急状况,以及在法治框架内使用的政府手段带来了一系列基本问题。从例外的角度分析了干旱应急条例如何免除合法性,竞争,合同形式,支出和补贴,权利授予,分配标准和预先建立的生态流量原则。其次,预测环境和气候变化发展,然后讨论紧急情况配置的三个关键要素:科学确定紧急情况及其持续时间或期限。最后,需要警告的是,这种紧急情况作为对当代水,环境和气候危机的主要反应和日益增加的监管反应,可能会变成永久性,并突出三个参考领域之间的差异,关系和相互影响,可能带来的风险。他们指导结论。

**关键词:** 水紧急情况,气候紧急情况,紧急状态,气候变化

El cambio climático tiene entre sus ámbitos principales de impacto a los recursos hídricos, tanto por su relación directa y esencial con la vida del ser humano, como por sus potenciales efectos destructivos o dañinos del ambiente donde habita. Sequía, inundación, subida del nivel del mar, retracción de glaciares, huracanes, derretimiento de polos, entre otros fenómenos, verán incrementada su intensidad y frecuencia como consecuencia del cambio climático.

Aunque operan en planos diversos la emergencia hídrica se vincula directamente con emergencia ambiental, y estas dos a su vez con la climática, de manera tal que entre ellas existen recíprocas relaciones de implicación tanto a nivel causal, como legal y argumentativo que es preciso develar.

El estado de emergencia, emergencia hídrica, o denominación equivalente (según el país de que se trate), es el concepto y estado usualmente declarado por las autoridades públicas ante situaciones de sequía o inundación (entendidas como catástrofes) que demandan actuaciones urgentes para hacer frente a una situación crítica de carácter excepcional. Sin embargo, las sequías o inundaciones son recurrentes y resultan características

regulares de algunos climas, aunque muchas veces se produzcan o intensifiquen como consecuencia directa de la previa intervención humana en los ecosistemas que incrementan su vulnerabilidad y disminuyen su resiliencia frente a cualquier variación o modificación.

Las sequías e inundaciones no se deben entonces al cambio climático pero tal como lo constatan los documentos y estudios científicos disponibles están y van a verse paulatinamente incrementadas en su frecuencia e intensidad por este fenómeno<sup>2</sup>. Esto supone sequías o inundaciones más largas o pronunciadas, cambios en el régimen y parámetros de la precipitación o el escurrimiento, mayor evapotranspiración, y, en definitiva, cambios en la disponibilidad espacial y temporal hasta ahora considerada “normal” de recursos hídricos para una región, lugar y época determinados.

De allí también, la creciente preocupación por la seguridad hídrica, energética, alimentaria que subyace a enfoques como el del nexo agua-energía-alimentación-cambio climático. Lo que en definitiva ocurre, es que el cambio drástico en los parámetros temporales y espaciales de distribución de los recursos hídricos somete a prueba la capacidad efectiva de los sistemas de gestión, las instituciones y dentro de ellos, muy especialmente, al derecho y los instrumentos jurídicos<sup>3</sup>.

En este artículo se busca analizar sucintamente primero en el ámbito de los recursos hídricos, la recepción del instituto de la emergencia (I) y la normativa de emergencia propiamente dicha para analizar su contenido desde la óptica de la excepción (II). Proyectando ese desarrollo al ámbito ambiental y del cambio climático (III), se abordan los tres elementos claves para la configuración de la emergencia: la determinación científica y

---

<sup>2</sup> EMBID IRUJO, Antonio (Dir.) (2018), *Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>3</sup> Ver EMBID, A. MARTÍN, L. (2017), *El nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias*. SRNI, Santiago de Chile, CEPAL, 70 pp.

objetiva de la situación de emergencia y la duración o plazo de la emergencia (VI), luego de cual se presentan algunas conclusiones (V).

## I. La emergencia en el derecho de aguas comparado

Los mecanismos e institutos contenidos en las leyes de aguas o el derecho de aguas clásico para lidiar con la escasez, incluso extraordinaria (régimen de prioridades, cláusula sin perjuicio de terceros, jerarquía de derechos, turnos, etc.), no sólo en su diseño estructural, sino sobre todo en su aplicación práctica, muestran signos evidentes de obsolescencia, ineficacia y por tanto crisis<sup>4</sup>. En esa línea, como respuesta a ese fenómeno extendido y por causas diferentes, varias legislaciones han comenzado a incorporar o modificar recientemente disposiciones para la regulación de declaraciones y poderes de emergencia durante la sequía. Este es el caso de Chile, California y España por ejemplo.

El Código de Aguas (en adelante CAg.) de Chile, por ejemplo, dispone que el Presidente de la República, a petición o con informe de la Dirección General de Aguas, podrá, en épocas de extraordinaria sequía, declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables. Para lo cual la Dirección General de Aguas calificará, previamente, mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias (art. 314 CAg). A continuación la disposición desarrolla el detalle las facultades de emergencia de la DGA, que son objeto del apartado siguiente, incrementándolas.

El Código de Aguas de California, dedica la sección 1058.5 íntegramente a las regulaciones de emergencia por sequía habilitando a la Autoridad de Aguas a dictar regulación de

---

<sup>4</sup> MARTIN Liber (2010), Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas, Buenos Aires, Abeledo Perrot; MARTÍN, Liber y PINTO, Mauricio (2015). Escasez extraordinaria y derecho de aguas en: Revista de Derecho Administrativo Económico N° 20, Santiago, PUCC.



emergencia en dos supuestos. El primero, sin intervención de ningún otro poder, cuando se esté "...en condiciones existentes o amenazantes, en un año críticamente seco precedido por 2 o más años consecutivos por debajo de lo normal, secos o críticamente secos". El segundo supuesto es durante la vigencia de un estado de emergencia oficialmente declarado por el Gobernador en el marco de lo dispuesto por la Ley de Servicios de Emergencia de California por razones de sequía.

La regulación de California, como la de Chile, pone límites a la duración de las regulaciones de emergencia. Sin embargo, los mismos han resultado relativos o parcialmente ineficaces frente a la prolongación de la sequía o una disminución progresiva de las precipitaciones como de hecho se prevé a futuro. Y ello porque los dos tipos de límites, tanto el relativo a las condiciones objetivas para la utilización de los poderes, como el establecimiento de un plazo fijo preestablecido o determinado por ley, presentan limitaciones evidentes en la práctica.

El primer límite no funciona frente a años críticamente secos que podrían ser cada vez más frecuentes como de hecho se prevé, con lo que los poderes de emergencia se ejercerán cada vez más a menudo. Nada impide, por otra parte, que los poderes se ejerzan alternadamente dentro del primero de los supuestos en algunos períodos y en el marco del segundo, en otros, para cuyo dictado no se exige más que la declaración oficial del estado de emergencia por parte del Gobernador.

El segundo límite refiere al plazo de vigencia de las regulaciones, pero lógicamente carece de toda consistencia por definición. El último inciso establece que las disposiciones de emergencia tendrán una vigencia de hasta 270 días, pero que puede ser renovado por la misma autoridad de aguas si las condiciones de sequía persisten. Con lo cual resulta de toda lógica, que las regulaciones de emergencia durarán lo que dure la sequía.

El Código Chileno pone el límite de 6 meses, estableciendo su carácter de improrrogable, planteando una serie de

interrogantes: ¿Puede establecerse la duración de una sequía con antelación? ¿Qué sucede si la sequía continúa? Con mayor o menor respeto a la formalidad el régimen de emergencia continuará o se prorrogará de alguna manera? ¿Se volverá al régimen de normalidad justo cuando la situación sea aún más grave y acuciante por su prolongación más allá de las previsiones del legislador?

Esta contradicción parte del presupuesto erróneo de considerar la sequía como una catástrofe impredecible o evento de carácter extraordinario, dado que justamente cuando más se puede hacer para paliar los efectos de una sequía es sobre todo antes, no durante la misma como lo demuestra el enfoque preventivo adoptado en el caso español o el énfasis en los sistemas de alertas e indicadores que permitan su pronóstico temprano.

Es evidente que bajo esta regulación existe un riesgo cierto de que la emergencia se utilice cada vez con mayor frecuencia, cuando no prolongue sus efectos más allá de la existencia formal de la sequía. La evolución de la recurrencia con la que se utilizan estos poderes de emergencia debe ser seguida muy de cerca para advertir cuando, justamente, la misma ha dejado de ser excepcional para transformarse en permanente.

El texto Refundido de la Ley de Aguas Español (TRLA), por su parte, regula las situaciones excepcionales estableciendo que: “En circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La aprobación de dichas medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación

forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación” (Art 58 TRLA).

Sin embargo, el régimen sustancial general de la sequía del derecho español de aguas encuentra otras disposiciones, como el art. 27 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. A diferencia de los anteriores, este pone el énfasis en la actuación previa de los poderes públicos, mediante primero, el establecimiento de un sistema global de indicadores hidrológicos que permita prever estas situaciones y sirva de referencia general a los Organismos de cuenca para la declaración formal de situaciones de alerta y eventual sequía. En segundo lugar, ordena un proceso especial de planificación para la sequía con instrumentos diferenciados para la cuenca y los abastecimientos urbanos.

Al margen de otras cuestiones, este enfoque con énfasis en la planificación evidencia un salto cualitativo respecto del tratamiento meramente reactivo frente a la sequía que muestran otros casos que sólo refieren un marco para el dictado de normativa y medidas de emergencia, sin perjuicio de las críticas de que pueden ser pasibles los Planes Especiales de Sequías (PES)<sup>5</sup>.

## **II. Las normas de emergencia por escasez o sequía. Caracterización de su contenido de excepción**

### ***1. Excepción al principio de legalidad. Forma de la normativa de emergencia***

Un aspecto crucial pero sobre el que poco se repara es la naturaleza jurídica o el rango de la normativa de emergencia. Esto es que la regulación de emergencia, a pesar de su fuerte contenido restrictivo o excepcionador, es instaurada normalmente por

---

<sup>5</sup> BRUFAO CURIEL, Pedro (2012). El régimen jurídico de las sequías: crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima. En: Revista de administración pública 187, pp. 199-239; EMBID IRUJO, Antonio (2018). Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos, Thomson Reuters Aranzadi.

decretos, reglamentos o actos administrativos, y rara vez por leyes, quebrando el principio de legalidad.

En Chile la excepción a la aplicación del Código de Aguas, va a ser decidida conforme la previsión del mismo Código por Decreto presidencial a petición o con informe de la Dirección General de Aguas. Si bien se trata de una facultad delegada por ley, es el Poder Ejecutivo el que en definitiva decide la excepción a la norma a través de la suspensión de la aplicación del Código en los aspectos que será reemplazado por las disposiciones de la DGA (art. 314 del CAg Chile).

En el caso español, si bien el TRLA prescribe que la regulación de circunstancias excepcionales debe adoptar la forma de Decreto acordado en Consejo de Ministros con audiencia del organismo de cuenca (art. 58 TRLA), el Gobierno ha utilizado la figura del Real Decreto tanto como al Real Decreto Ley para la regulación de la sequía 2005-2008. Algunos de ellos, de hecho con efecto para todo el territorio (RD-Ley 10/2005; RD-Ley 15/2005; RD 287/2006), otros con respecto a cuencas o determinados grupos de cuencas en particular<sup>6</sup>.

La experiencia española es relevante puesto que es de los pocos casos en los que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de controlar judicialmente la normativa de emergencia con fundamento en la sequía, llegando incluso a declarar su nulidad, aunque precisamente por vicios de procedimiento y no por la puesta en cuestión de la situación fáctica misma, es decir la existencia o no de sequía<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. BRUFAO CURIEL, Pedro (2012). El régimen jurídico de las sequías: crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima, RAP, 187, pp. 199-239; URQUIJO, Julia, et al. (2005) Drought and exceptional laws in Spain: the official water discourse, en International Environmental Agreements. Politics, Law and Economics, Springer, 2005.

<sup>7</sup> Este es el caso del RD 1265/2005, de 21 de octubre o el RD 1419/2005, de 25 de noviembre declarados nulos por la falta de audiencia de las confederaciones hidrográficas y sus juntas de gobierno, entre otras omisiones, y respectivamente por las sentencias del Tribunal Supremo Español STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 20 de enero de 2009 y STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 24 de noviembre de 2009, respectivamente.

En California la normativa de emergencia para paliar los efectos de la sequía puede tener diversas fuentes. Puede, de hecho, tratarse de normas legislativas federales o estatales, específicas o generales como algunas modificaciones al Código de Aguas. Sin embargo, la normativa de emergencia propiamente dicha tiene normalmente el rango de *Executive Order*, comparable al decreto, cuando es declarada por el Gobernador de California o de un reglamento cuando lo es por la Autoridad de Agua, que es en definitiva, donde se va encontrar el régimen sustancial de la emergencia, conforme los poderes antes referidos.

## ***2. Excepción a la competencia. Incremento de facultades, mayor discrecionalidad y reducción de controles***

El aumento de las competencias o poderes y de la discrecionalidad de la autoridad administrativa, junto con la reducción o suspensión de los mecanismos de control, es quizás la característica común más fácil de apreciar sobre el contenido de la regulación de emergencia en todos los casos revisados.

Es notable, por ejemplo, la amplitud de poderes que conceden a la administración incluso el CAg. chileno, durante los periodos de escasez extraordinaria (art. 314). En la misma claramente puede observarse este rasgo que calza de manera muy ajustada en la hipótesis planteada confiriendo a la DGA las siguientes potestades:

- a) Redistribuir las aguas, siempre que no haya acuerdo entre los usuarios para hacerlo. Y para ello podrá suspender tanto las atribuciones de la Junta de Vigilancia como el seccionamiento de los ríos.
- b) Autorizar extracciones de aguas superficiales y subterráneas sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento / sin limitación de caudal ecológico.
- c) Adoptar las medidas necesarias sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo del Código

de Aguas (Procedimientos, constitución e derechos; bocatomas; cambio de fuente; etc.)

d) Dar efecto inmediato a sus resoluciones, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.

Las amplias facultades conferidas por el Código y reproducidas por los decretos de declaración de escasez en los casos particulares por la DGA contrastan sin embargo con la perspectiva neoliberal del Código, pero se explican desde que no pertenecen a la redacción original sino que fueron incorporadas por la reforma de 2005, que efectúa varias modificaciones con relación a este punto<sup>8</sup>.

Esta tendencia es evidente en el caso de California donde también la emergencia por sequía se traduce en mayor poder, más discrecionalidad y menos controles para el actuar del *State Board of Water Resources*. El art. 1058.5 dispone en primer lugar que el *Board* podrá adoptar estas regulaciones por sí mismo cuando se esté “...en condiciones existentes o amenazantes, en un año críticamente seco precedido por 2 o más años consecutivos por debajo de lo normal, secos o críticamente secos” y sin mediar la declaración oficial de emergencia por parte del Gobernador. Es decir, y a diferencia de Chile por ejemplo, se trata de una habilitación legal permanente a un órgano de naturaleza administrativa que no requiere de declaración previa de emergencia alguna por parte de la Legislatura ni del Gobernador.

Estas regulaciones están además, expresamente exentas del control o revisión que efectúa la Oficina de Derecho Administrativo y finalmente, será el mismo *Board* quien defina la duración de su vigencia, que puede exceder por tanto el límite de los 270 días antes referido si la sequía persiste. Desaparece el control *ex ante* y queda por ver el marco de legalidad o constitucionalidad

<sup>8</sup> Ver: NOÉ SCHEINWALD, Paula (2015). Interfaz ciencia-política en la gestión de sequía en Chile, Academia.edu.

en el cual se procederá a su control judicial, donde la deferencia será previsiblemente mayor que en períodos de normalidad.

Esta regulación de emergencia alcanza los más variados aspectos con la finalidad de evitar el derroche, el uso no razonable, métodos de uso o de extracción irrazonables, para promover el ahorro y el reuso de agua, para requerir la interrupción de los derechos cuando no existe disponibilidad acorde las prioridades legales de los derechos, o en cumplimiento de cualquiera de los anteriores, para exigir la presentación de informes de extracción o uso o la preparación de los informes de monitoreo.

El Código de Aguas de California fue modificado en 2014 y como consecuencia de la sequía persistente desde 2012, amplió los poderes de la autoridad del agua en situaciones de emergencia, para asegurar los derechos de aguas, incrementando, entre otras cosas, las penas por extracciones ilegales durante la sequía (SB 104 adopted March 1, 2104).

Disparado el proceso de suspensión de las dotaciones con base en las prioridades legales que se analizan en el punto siguiente, la ineficacia y falta de acatamiento de los cortes por parte de los usuarios llevó a la introducción de nuevas modificaciones en el régimen de emergencia, básicamente consistentes en un incremento de las penas y en la eliminación de garantías y simplificación de los procedimientos de corta y aplicación de sanciones por su violación.

Las medidas de emergencia justifican también a menudo la excepción a las formas ordinarias de contratación de la administración (vg. Licitación pública) o a las autorizaciones requeridas para la construcción de obras, incompatibles con la celeridad requerida para contratar o aprobarlas en casos de urgencia.

Subsidios, ayudas extraordinarias o exenciones impositivas con carácter paliativo son también una clásica y típica respuesta a las situaciones consideradas de emergencia aunque, tal como se ha puesto en duda cualquier sequía no lo sea en sentido estricto en las regiones cuya legislación se analiza. Una enorme cantidad de fondos públicos son adjudicados y distribuidos en

forma más o menos discrecional y al margen de los procedimientos normales, de adjudicación y control con fundamento en la emergencia por sequía, inundación, o la consiguiente declaración de emergencia hídrica, agropecuaria, sanitaria, etc.

### ***3. Excepción a la forma de otorgamiento de derechos y distribución de las aguas***

Si bien en situaciones de sequía extraordinaria no parece lógico asignar o constituir nuevos derechos, lo cierto es que la mayoría de las veces, bajo regímenes excepcionales como los analizados, se autorizan nuevos derechos o usos, particularmente en materia de aguas subterráneas y con el objeto de suplir la escasez de las superficiales.

El 314 de CAg. de Chile dispone que declarada la zona de escasez la DGA “...podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro Segundo de este Código...”. Con ello, la consecuente suspensión de la legislación: “Para los efectos señalados en los incisos anteriores, y lo dispuesto en el artículo siguiente, la DGA adoptará las medidas sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo de este Código”.

La mayoría de los regímenes de emergencia recurren a las aguas subterráneas para suplir la escasez de las otras, incluso cuando esos acuíferos ya están comprometidos o sobreexplotados. Y esto puede hacerse excepcionando los procedimientos normales, para hacerlos más expeditos, a través de permisos “provisionales” o incluso rebajando los estándares ambientales o de calidad establecidos para determinados cuerpos de aguas<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> GREEN, Micah (2014). Keeping California’s Thirst for Groundwater in Check, in McGeorge Law Review | Volume 46-2, pp. 346 y 347.



Esto es lo que ha ocurrido en la experiencia comparada de Chile y California donde se flexibilizan los criterios para la realización de perforaciones, con un carácter provisional que dudosamente respeten con posterioridad abriendo paso a su consolidación progresiva.

Cuando existen mercados de aguas o centros de intercambio de derechos de aguas lo que ha hecho básicamente la regulación de emergencia es facilitar o acelerar las transferencias mediante la eliminación de requisitos de todo tipo para su aprobación.

Las formas de distribución de aguas en condiciones de sequía extrema presentan un desafío para el equilibrio del sistema, poniéndolo a prueba. Ello puede deberse a que la aplicación sin más de las reglas legales asociadas a la categoría de los derechos y basadas fundamentalmente en su antigüedad puede resultar problemática. De hecho el resultado de la aplicación estricta de estas categorías de derechos, no sólo puede resultar inequitativa o injusta sino y llegado el caso, incluso ineficiente o antieconómica.

Por ello se explica que en todos los casos y sin excepción, la regulación de emergencia establezca y ordene a la autoridad aplicar la distribución de las aguas en tiempo de sequía conforme la ley, pero al mismo tiempo, en una suerte de mandato que podría resultar contradictorio, confiere amplias atribuciones para asegurar determinados usos o para proveer a la mejor distribución de las aguas al margen de la ley, sin explicar cuál sería.

El CAg. de Chile confiere a la DGA amplias potestades para la redistribución de las aguas a falta de acuerdo entre los usuarios para hacerlo<sup>10</sup>. Una de las disposiciones más llamativas es la regulación de un específico supuesto de responsabilidad del Estado para el caso de que un usuario no reciba la dotación a la que tiene derecho (art. 314 CAg Chile).

---

<sup>10</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). El derecho de la sequía: la redistribución de aguas, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. I / N° 2, pp. 361-370.

En California, la distribución de aguas durante la sequía ha sido una cuestión mayor, habida cuenta la cantidad de derechos recortados y la urgencia por parte de la autoridad de definir esos criterios. Fue durante la sequía de 1976-1977 la primera vez que hubo que disponer cortas en base a prioridades legales antes del periodo de sequía 2012-2015. La complejidad deviene del intrincado sistema y las varias clases de derechos de aguas coexistentes en la actualidad donde se han desarrollado distintos modelos para hacer más eficiente esta distribución<sup>11</sup>.

El marco de lo anterior está dado por la Constitución de California que dispone como regla básica que los recursos hídricos del estado deben ser utilizados de manera beneficiosa, razonable y sin derrochar (art. X, section 2). La Corte Suprema de California ha sostenido por su parte que “...lo que puede considerarse un uso beneficioso razonable, mientras el agua disponible excede las necesidades, puede no ser razonable y beneficioso, en un área de gran escasez o necesidad. Lo que es un uso beneficioso en un momento, puede, por cambio en las condiciones, convertirse en un derroche o desperdicio de agua en un momento posterior” (Tulare Dist. v. Lindsay Strathmore Dist. (1935) 3 Cal.2d 489, 567.)

La Legislatura, por su parte, ha dispuesto expresamente en la Section 1011 del Código de aguas de California que las reducciones y ahorros dispuestos durante la sequía serán consideradas como uso equitativo y razonable durante la sequía y conforme el Art. X sección 2. Para favorecer el ahorro de agua, expresamente dispone que estas regulaciones temporarias de emergencia no podrán ser utilizadas en ningún procedimiento administrativo o judicial futuro como prueba o evidencia de derroche o irrazonabilidad en el uso de ningún usuario individual o proveedor

---

<sup>11</sup> HANAK, Ellen *et al.* (2014). Modernizing drought water allocations. <http://californiawaterblog.com/2014/10/16/modernizing-drought-water-allocations/>; LUND, Jay; LORD, Ben; FLEENOR, William y WILLIS, Ann. (2014): Drought Curtailment of Water Rights – Problems and Technical Solutions. Center for Watershed Sciences, UC Davis. Technical comments to the State Water Resources Control Board.

sujeto a esta regulación y no podrá afectar ni limitar de cualquier manera los derechos sobre el agua ahorrada bajo el derecho aplicable, incluyendo sin limitación, el agua ahorrada en consonancia con la Sección 1011 del Código de aguas.

En Colorado, EEUU, el principio de legalidad primó sin embargo sobre criterios de eficiencia al ordenar el cegado de unas cuatrocientas perforaciones nuevas y posteriores (*junior rights*) en favor de derechos de mayor antigüedad (*senior rights*), aun cuando los beneficios socio-económicos aportados por su explotación eran, como suele ocurrir, muy superiores a los derivados de la utilización de las antiguas<sup>12</sup>.

Como siguiendo un manual, las declaraciones de emergencia allí donde existen caudales ecológicos fijados, normalmente los sacrifican, rebajando los parámetros en pos de mantener el suministro de los usos convencionales. Esto es lo que va ocurrir con algunos matices en los casos de Chile, California y España.

El CAg. de Chile directamente establece que luego de la Declaración de Zonas de Escasez extraordinaria por parte del Presidente, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas...”, "... sin la limitación del caudal ecológico mínimo...”(art. 314 CAg.).

El 25 de abril de 2014 el Gobernador de California proclamó la continuación del estado de emergencia por causa de sequía declarada el 17 de Enero de 2014. Entre varios agregados, suspendió los requerimientos de la California Environmental Quality Act (CEQA) para determinadas actividades incluidas las regulaciones de emergencia adoptadas bajo la sección 1058.5 del CAg. de California varias veces referida.

Esto es lo que ha ocurrido también en el caso español, por ejemplo, con el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, típica norma de emergencia, por el que entre otras medidas administrativas excepcionales se autoriza la reducción de los caudales

---

<sup>12</sup> HOWE, Charles (2008). Water Law and Economics: An Assessment of River Calls and the South Platte Well Shut-Down, 12 U. Denv. Water L. Rev. 181 (2008-2009).

mínimos para captaciones superficiales, la modificación de los criterios de prioridad y las dotaciones para los distintos usos. En particular, y entre otras, habilita a la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas a: a) Reducir las dotaciones en el suministro de agua que sean precisas para racionalizar la distribución de los recursos hídricos. b) Modificar los criterios de prioridad para la asignación de recursos a los distintos usos del agua, respetando en todo caso la supremacía del uso Consignado en el artículo 60.3.1.º del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio; c) Modificar temporalmente y mediante resolución motivada los requerimientos medioambientales establecidos en los planes hidrológicos.

Lo interesante de este ejemplo, es el control judicial que sobre tal legislación de emergencia operó. En efecto, este RD va a ser declarado nulo con posterioridad por la STS, Sala 3, Sección 5 de 20 de enero de 2009, por no haber cumplido con el trámite debido de audiencia previa de las confederaciones hidrográficas ni de sus juntas de gobierno.

Incluso en la Directiva Marco de Aguas 2000/60, cuyo signo distintivo inequívoco es el de la protección de la calidad de las aguas, los eventos de sequía son sólo considerados -con excepción de una mención de la mitigación de la sequía entre los objetivos- a los efectos de calificarlos como “circunstancias excepcionales” que habilitan la derogación de los parámetros para alcanzar el buen estado ecológico de los cuerpos de aguas. El art. 4.6 de DMA contempla la sequía como causas naturales o de fuerza mayor en las que el deterioro temporal de las masas de aguas no importará un incumplimiento de la misma<sup>13</sup>. Claro que desde esta Directiva han transcurrido veinte años en los cuales la UE ha desarrollado una completa política sobre Sequías incluyendo el cambio de paradigma referido.

---

<sup>13</sup> ROSSI, Giuseppe y CANCELLIERE, Antonio (2013). Managing drought risk in water supply systems in Europe: in *Journal of Water Resources Development*, 29:2, pp. 272-289, DOI: 10.1080/07900627.2012.713848.

Con todo, es evidente que el sólo criterio de la antigüedad o prelación temporal de derechos consolidados hace más de un siglo, resulta insuficiente para distribuir las aguas en las situaciones actuales de escasez y sequía. Legalidad, prelación en el tiempo, equidad, eficiencia, derechos humanos y, preservación y prevención son todos principios de base constitucional que tensionan fuertemente a la hora de redistribuir caudales en situaciones extremas. Demasiada complejidad para ser bien resuelta por una autoridad administrativa en el marco de la urgencia que impone la emergencia.

El análisis hasta aquí efectuado sugiere que es tan evidente que estas regulaciones de emergencia proveen mayor flexibilidad y capacidad de respuesta a los poderes públicos, como que muchas veces riñen con los elementales principios de legalidad, republicano, democrático, de responsabilidad, eficiencia, rendición de cuentas y de planificación de mediano y largo plazo que caracterizaron el Estado de Derecho hasta la actualidad.

La gran discrecionalidad administrativa habilitada en el marco de este tipo de emergencias parece estar limitada sólo tímidamente por el principio de razonabilidad –no más por el de legalidad-, y el control judicial se relaja y dificulta severamente cuando la misma es ejercida con fundamento en una declaración previa de emergencia hídrica con teórico fundamento en el carácter catastrófico, crítico o extraordinario de una sequía.

Dejar de considerar la sequía o inundación, como una catástrofe o fatalidad que sólo engendra medidas de carácter reactivo, excepcionales o de emergencia, implica asumir su naturaleza habitual que se condice mejor con un paradigma preventivo de gestión permanente de riesgos que en vez de comprometer o diluir, refuerza la función regulatoria.

### **III. Proyección al ambiente y el cambio climático**

Agua, ambiente y cambio climático constituyen ámbitos diferentes aunque inescindiblemente vinculados y entrelazados. Lo son desde el punto de vista físico y también jurídico,

corresponden a distintas escalas, tienen distinto marco normativo principios, políticas, planes, competencias y autoridades de aplicación. Dar cuenta de esas relaciones para superar esa fragmentación constituye un desafío frecuente que lleva a la necesidad de conectar o vincular las emergencias que puedan producirse en esos ámbitos cuando proceda.

La emergencia ambiental ha sido utilizada en supuestos muy variados, desde calidad de aire (como en el caso de Ciudad de México) hasta contaminación de aguas u ordenamiento territorial. La ley 26168 de creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo hace referencia al artículo 2 k de la ley 25675 en lo que puede considerarse un reconocimiento implícito de un estado de emergencia ambiental. De hecho, durante la ejecución del caso “Mendoza” (2008-2015), por ejemplo, la ACUMAR, utilizó en forma reiterada el argumento de la urgencia, para justificar la excepción al principio de licitación y contratar directamente, dando lugar a un escándalo con relación a la adjudicación de obras y fondos. Sin marco regulatorio específico, el Gobernador de Mendoza declaró el Estado de Emergencia Ambiental en la zona del Piedemonte del Área Metropolitana de Mendoza por 12 meses (Decreto Nº 219, 7/2/19).

En cambio, la ley de Perú Nº 28804 regula específicamente el procedimiento para declarar en *Emergencia Ambiental* una determinada área geográfica en caso de ocurrencia de algún daño ambiental súbito y significativo ocasionado por causas naturales, humanas o tecnológicas que deteriore el ambiente, ocasionando un problema de salud pública como consecuencia de la contaminación del aire, el agua o el suelo; que amerite la acción inmediata sectorial a nivel local o regional (art. 1). En su art. 3º se establece los criterios a tener en cuenta para la adopción de esa declaración<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> El Consejo Nacional del Ambiente, en coordinación con el Ministerio de Salud, aprueba los indicadores necesarios para efectos de la declaración en emergencia ambiental, teniendo en cuenta, los siguientes criterios: a) Nivel de concentración de contaminantes por encima de los Estándares de Calidad Ambiental o Límites Máximos Permisibles, aprobados en el país; o por las instituciones de derecho público internacional que sean aplicables o la

Por su parte, el Secretario General de Naciones Unidas sintetizó la crisis del cambio climático de la siguiente forma: “This is an emergency and for emergency situations we need emergency action” (2010). *Climate Emergency Declaration*, por su parte, es un movimiento global que promueve la declaración formal política de emergencia climática y ambiental u ecológica por parte de los parlamentos y ha conseguido ya cerca de mil declaraciones en 2019, entre los que se encuentran Escocia, Reino Unido, Irlanda, Portugal, Canadá, Francia y Argentina, entre otros<sup>15</sup>. El último en hacerlo ha sido el propio parlamento Europeo con fecha 27 de noviembre de 2019, en cuyo debate estuvieron de hecho presentes, y en cuestión, los conceptos de “punto de no retorno”, “emergencia”, “urgencia” y “estado de excepción”.

El Club de Roma presentó su Plan de Emergencia Climática al Parlamento Europeo en diciembre de 2018. Partiendo del presupuesto de que los compromisos derivados de París no resultan suficientes para conseguir el objetivo de evitar el aumento promedio de la temperatura global en 1,5 C°, que entiende configura una situación de emergencia, el plan propone una serie medidas y acciones urgentes a adoptar por parte de los Estados.

Los casos mencionados de cambio climático revisten mero carácter declarativo, simbólico sin constituir por el momento

---

Organización Mundial de la Salud (OMS), en forma referencial, cuando no existan estándares nacionales, verificados por la autoridad competente. b) Contaminación de la población y el ambiente por sustancias peligrosas por encima de los niveles que internacionalmente se considera aceptables para la salud humana, verificado por las autoridades de salud. c) Alto riesgo para poblaciones vulnerables. d) Ocurrencia de accidentes que generen emisión de vertimientos de sustancias peligrosas que, a pesar de no estar establecidas en la legislación nacional, están consideradas en los estándares o límites de instituciones u organismos internacionales, en forma referencial. e) Impactos a largo plazo en la salud humana. f) Ausencia de instrumentos de gestión ambiental que involucren planes de recuperación del área materia de la declaración. g) La protección de la vulnerabilidad y singularidad de los espacios naturales. (art. 3, Ley de Perú N° 28804)

<sup>15</sup> El Senado Argentino, por ejemplo, declaró la emergencia climática y ecológica global (DR-1079/19 Senado de la Nación) el mismo día que dio media sanción por unanimidad a la demorada Ley de Presupuestos Mínimos para la Adaptación y Mitigación del Cambio Climático, finalmente aprobada en noviembre de 2019.

una emergencia en sentido estricto o jurídico formal con el contenido suspensivo o excepcionador del ordenamiento jurídico utilizado para analizar la emergencia hídrica en este artículo. Sin embargo, si puede brindar una base importantísima para el paso siguiente, que es el proveer las bases de justificación y legitimación suficientes para lo que si pueden ser o convertirse en auténticas declaraciones y actuaciones de emergencia en materia climática, pero también ambiental o hídrica en tanto manifestación de la primera, con las características referidas en este artículo.

Como se adelantó en la introducción, este trabajo pone su énfasis en la forma jurídica de la respuesta que, en última instancia, debe dar el derecho nacional a los efectos o consecuencias que el cambio climático produce a nivel local, materializado en fenómenos hidrológicos extremos o crisis ambientales entre otras consecuencias.

La forma en que los poderes de emergencia en general o en particular se activan en cada país es muy diferente, tanto como el alcance, contenido y sustancia de los mismos, pero el fenómeno desde el punto de vista jurídico sustancial es similar. En el caso de Francia, por ejemplo, la declaración de “estado de urgencia” está regulada en una específica ley de 1955 que contempla los presupuestos generales, y la doctrina se ha explayado sobre las condiciones y posibilidades particulares de procedencia de un tal estado de urgencia ecológico o ambiental en sentido estricto, poniendo especial atención sobre lo que denominan la banalización del estado de urgencia, que no es otra cosa que la perpetuación del mismo o su falta de contenido<sup>16</sup>.

Estados Unidos, por su parte, tiene una muy desarrollada jurisprudencia y doctrina sobre el uso de poderes extraordinarios, orientados a garantizar la seguridad nacional, y tal como en el caso francés la doctrina ha reconocido y planteado

---

<sup>16</sup> RRAPI, Patricia (2017), *Changements climatique et urgence environnementale, l'hypothèse de l'état d'urgence écologique*, en HALPÉRIN, Jean-Louis; et al (2017), *L'état d'urgence: de l'exception à la banalisation*, Paris, PUPN, p. 181 y ss.



seriamente la posibilidad de su uso con ocasión de la amenaza para la seguridad nacional que supone el cambio climático en su estadio actual, poniendo de manifiesto, entre otros muchos aspectos, las implicancias de retroceso que ello puede tener en términos institucionales y democráticos, tanto como el de constituir una alternativa para sumar de una vez al país en esa lucha hasta la que ahora ha sido remiso<sup>17</sup>.

#### **IV. Claves para la configuración de la emergencia en el Estado de Derecho**

El fenómeno de evolución y uso creciente de la emergencia hasta aquí descrito en el muy reducido ámbito de los recursos hídricos y, más concretamente, en relación a su escasez extraordinaria alcanza sin embargo a los más variados ámbitos del gobierno, presentando una serie de problemas y desafíos enormes para el derecho del siglo XXI. En efecto hay, como se verá continuación, muchas razones de peso para extenderlo a otros ámbitos como el ambiental o el propio del cambio climático incluso.

Existen distintas perspectivas para analizar el fenómeno en cuestión que naturalizan esta deriva, o por el contrario, la ponen en cuestión notando que compromete presupuestos constitucionales o principios capitales del Estado del Derecho como el propio principio democrático o republicano según la profundidad que el fenómeno alcance, el marco teórico y el alcance o interpretación que se le asigne.

Una vasta bibliografía se ha dedicado a tematizar estos enfoques que, según la denominación que se utilice, abarca la emergencia o el derecho de la emergencia, el estado de necesidad

---

<sup>17</sup> FARBER, Dan (2019), Declaring a Climate Change Emergency: A Citizen's Guide, <https://legalplanet.org/2019/03/14/declaring-a-climate-change-emergency-a-citizens-guide/> [Consultado 6/9/19].

Los medios periodísticos han reflejado igualmente este debate. <https://thebulletin.org/2019/03/what-could-happen-if-a-democratic-president-declared-a-national-climate-emergency/>; <https://grist.org/article/trump-what-would-a-national-emergency-over-climate-change-look-like/>

o urgencia, el uso de poderes excepcionales o extraordinarios, la distinción entre normal y anormal y el estado de excepción, entre otros, tanto en el ámbito propiamente jurídico como en el de las ciencias sociales. Y esto es así porque el fenómeno analizado es capital para el derecho y el estado de derecho, al punto de comprometer su propia existencia y consistencia<sup>18</sup>.

Así, emergencia hídrica, emergencia ambiental y emergencia climática, por ejemplo, presentan una íntima y evidente conexión tanto por su posible implicación mutua como por el hecho de que tanto la hídrica como la ambiental, se conviertan o constituyan en realidad, la materialización concreta y tangible a nivel local de ese fenómeno de cambio climático que opera a nivel global. Sin pretensión de exhaustividad, la actuación de emergencia presenta unos problemas comunes que particularizándolos en el **ámbito de los recursos hídricos**, ambiental y climático pueden resumirse en los siguientes puntos:

### ***1. Determinación científica y objetiva de la situación de emergencia***

La cuestión capital a determinar consiste en determinar cuándo se está ante una situación de emergencia tal que justifique y requiera del marco de excepcionalidad jurídica. El caso de las múltiples definiciones de sequía tanto como su prórroga sistemática es muy elocuente al respecto y evidencia cierta inconsistencia de los mecanismos jurídicos excepcionales que la requieren como justificación como se vio.

La dificultad en materia climática está además dada porque partiendo del presupuesto de su origen antropogénico y las advertencias efectuadas desde hace al menos tres décadas por la ciencia en general y el IPCC en particular, no se estaría

---

<sup>18</sup> Vid. AGAMBEN, Giorgio (2007). Estado de Excepción, Buenos Aires, AH; GUIBOURG, A. Ricardo (2003) (Dir.), Emergencia económica y teoría del derecho, Buenos Aires, La Ley; GONZALEZ MORAS (2002), J. M., "Estado de excepción. Soberanía, Poder de Policía y Emergencia", en La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica, AA.VV., Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires.

en rigor de verdad frente a un hecho imprevisible ni siempre ajeno. Aunque tenga o adquiera entidad catastrófica para el ser humano, ha sido largamente anunciada y las responsabilidades parecen estar cada vez más claras. Dilemas similares enfrenta la definición de una situación de emergencia ambiental.

Siendo previsible que los eventos extremos o catastróficos se incrementen con carácter progresivo, los ordenamientos jurídicos deberán ir adaptándose para dar rápida respuesta a desafíos que, cuando desborden el marco de la actuación preventiva si la hubiere, adquirirán natural y nuevamente la forma de emergencia. Incluso los ordenamientos jurídicos que han iniciado o consolidado un cambio de paradigma hacia normas y políticas de tipo preventivo en vez del predominante reactivo, pueden seguir expuestas a los dilemas que plantea la propia definición y utilización de la emergencia antes referida.

Aquí aparece la cuestión capital de los denominados *nuevos normales*, es decir, los nuevos parámetros o patrones que comienzan a perfilarse a partir de un cambio climático avanzado que torna rápidamente obsoleto lo considerado “normal” para un tiempo pasado, a la vez que desborda las reglas e instrumentos para su manejo. ¿Será considerada una situación de emergencia climática sin retorno el aumento promedio en la temperatura global de 1,5 C°? Lo será de 2 C°? O será preciso establecer un nuevo normal para ese umbral? Esta pregunta nos lleva al segundo elemento fundamental para configurar la situación de emergencia.

## ***2. Duración o plazo de la emergencia***

Este elemento resulta crucial para definir la afectación a los principios republicanos y democráticos habida cuenta que si la emergencia no reviste carácter temporal como lo exige la doctrina y jurisprudencia acaba por transformarse en permanente. Parece lógico que la emergencia se extienda mientras se mantengan las causas que determinaron su declaración, lo que puede resultar más o menos claro en el caso de la emergencia

hídrica, menos claro en la ambiental y muy difuso en materia climática si se toma, por ejemplo, el aumento de la temperatura calificado como de no retorno, como criterio.

Como el mantenimiento indefinido de la emergencia compromete el estado de derecho, el problema se traslada nuevamente a la definición misma de las condiciones y criterios objetivos utilizados para determinarla antes referidos, que de otra forma deberán ser revisados para el establecimiento de esos *nuevos normales*. De manera tal que existe una relación excluyente entre la emergencia, como excepción al ordenamiento jurídico y su duración. Si las condiciones tenidas en cuenta para declararla se mantienen, o se revisa la definición o se discontinúa la emergencia. Y ello lleva al tercer elemento.

El aumento en la frecuencia de uso de declaraciones de emergencia suspendiendo la aplicación de la ley y habilitando competencias extraordinarias para la autoridad, cuya reiteración o prórroga extiende o perpetúa el período de excepción, acentúa el fenómeno e invierte el orden entre norma de principio y excepción, estructurante del fenómeno jurídico.

Sin embargo, la configuración de un estado de emergencia o excepción permanente no se presenta de manera lineal. Una situación de este tipo podría plantearse, por ejemplo, con más de diez años consecutivos de declaraciones de emergencia por sequía, donde la razonabilidad y sentido de la medida empieza a ponerse en duda, tal como ha ocurrido en materia económica en múltiples oportunidades.

La prolongación indefinida de la emergencia puede darse de manera explícita, visible, pero también, implícita o difusa. Así, para la potencial configuración de una situación de emergencia permanente o estado de excepción no hace falta estar bajo una declaración formal permanente de emergencia, sino que basta con que con cierta frecuencia se habilite una emergencia que permita tomar una serie de decisiones que proyectan sus efectos o consecuencias más allá de la misma, como para que también pueda considerarse configurado ese estado.

## V. Conclusiones

La emergencia, desde la óptica de la excepción, como justificación de la suspensión del ordenamiento jurídico y atribución de facultades extraordinarias a los poderes públicos con las características indicadas en el caso de la emergencia hídrica, no parece la mejor respuesta a los desafíos que plantea la cuestión ambiental y el cambio climático al derecho en el siglo XXI.

Sin embargo, lo dicho hasta aquí lleva a la convicción de que la emergencia (tanto real como producida o inducida) será el contexto cada vez más frecuente de actuación de los poderes públicos en materia hídrica, ambiental y, desde luego, climática, de donde distinguirlas y tematizarlas debidamente deviene crucial.

El estudio del fenómeno de la emergencia en estos ámbitos lleva a replantear la dinámica de funcionamiento del derecho mismo, que no es otra cosa que las normas preestablecidas para una determinada normalidad climática que está cambiando rápidamente junto con el ambiente y la disponibilidad de recursos hídricos hasta ahora considerada normal.

De allí, que resulte relevante comprender cómo una emergencia hídrica o ambiental, como excepción al ordenamiento jurídico, aunque diferente desde la óptica jurídica, no resulta completamente desconectada de la emergencia climática que, de contenido simbólico o discursivo, es proclamada con amplia generosidad por parlamentos y funcionarios como contrapartida. Y esto es así porque el etéreo ámbito del cambio climático carece de una materialidad propia, autónoma, que sólo adquiere a través del ambiente y los recursos hídricos donde se manifiestan sus consecuencias.

Esto significa que si bien la emergencia climática se mueve por el momento en un plano meramente discursivo, no ocurre lo mismo con los ámbitos donde se materializan sus efectos, como los recursos hídricos, con sequías e inundaciones, por ejemplo, donde el incremento del uso de dispositivos de emergencia de

contenido excepcionador parece, en cambio, evidente. Además de proyectar sus efectos concretos a través de esos ámbitos, la emergencia climática declamada comienza a proveer de justificación adicional, a las emergencias hídricas y ambientales, que a diferencia del carácter de la primera, sí inciden en el orden jurídico disponiendo muchas veces la excepción de las normas preestablecidas para lidiar con sus consecuencias.

Con ello, repensar el derecho de aguas, ambiental y climático desde los presupuestos y la óptica de la emergencia puede contribuir a mejorar la calidad de los marcos normativos y las decisiones urgentes de gobierno manteniendo la compatibilidad con los presupuestos constitucionales del estado de derecho.

En ese sentido, pueden profundizarse los marcos legales de esa actividad de emergencia, las condiciones y criterios objetivos a considerar para su procedencia y duración, debe especificarse el alcance de las facultades y prerrogativas de excepción en cada caso y los órganos encargados de llevarlas a cabo. Debe asimismo asegurarse la inmediata rendición de cuentas y el contralor ex post de las medidas adoptadas y los fondos invertidos de urgencia al margen de los procedimientos normales de adjudicación y contratación. También deben construirse estándares adecuados de control judicial suficiente tanto para la declaración misma que la justifica, como para la actuación que, como consecuencia de ella, tenga lugar.

Sin embargo, no todos los países tienen las mismas capacidades y posibilidades para adoptar efectivamente paradigmas preventivos de gestión de riesgos, políticas y regulaciones que minimicen el recurso a dispositivos de emergencia. No todos, tampoco, tienen un estado de derecho que comprometer. Aun así, el recurso a la emergencia como dispositivo de gobierno que suspende o interrumpe la aplicación de la ley, no depende solamente de la implementación de los instrumentos adecuados, sino también de la responsabilidad política de quienes ejercen el poder y la fortaleza institucional y social para limitar su abuso.

## Bibliografía

- AAVV (2009), Agua, Territorio, Cambio Climático y derecho Administrativo, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, Numero Extraordinario XI.
- AGAMBEN, Giorgio (2007), Estado de Excepción, Buenos Aires, AH.
- BOTTERILL, Linda Courtenay, HAYES, Michael J., (2012), « Drought triggers and declarations: science and policy considerations for drought risk management », *Natural Hazards* (2012) 146.
- BRUFAO CUIEL, Pedro (2012). El régimen jurídico de las sequías: crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima, *RAP*, 187, pp. 199-239.
- CRAIG, Robin Kundis (2010), Adapting Water Law to Public Necessity: Reframing Climate Change Adaptation as Emergency Response and Preparedness (September 17, 2010). *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 11, N° 4, pp. 709-756.
- EMBIT IRUJO, Antonio (Dir.) (2018), Sequía e inundación como fenómenos hidrológicos extremos, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 492 pp.
- EMBIT IRUJO, Antonio; MARTÍN, Liber (2017), El nexo entre el agua, la energía y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias. SRNI, Santiago, CEPAL, 70 pp.
- GONZALEZ MORAS (2002), J. M., “Estado de excepción. Soberanía, Poder de Policía y Emergencia”, en *La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica*, AA.VV., Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires.
- GREEN, Micah (2014). Keeping California’s Thirst for Groundwater in Check, in *McGeorge Law Review* | Volume 46-2, pp. 346 y 347.
- GUIBOURG, A. Ricardo (2003) (Dir.), Emergencia económica y teoría del derecho, Buenos Aires, La Ley.
- HALPÉRIN, Jean-Louis; MILLARD, Eric; VAUCHEZ, Stéphanie H. (2017), *L’état d’urgence: de l’exception à la banalisation*, Paris, PUPN, 268 pp.

- HANAK, Ellen *et al.* (2014): Modernizing drought water allocations. <http://californiawaterblog.com/2014/10/16/modernizing-drought-water-allocations/>
- HOWE, Charles (2008). Water Law and Economics: An Assessment of River Calls and the South Platte Well Shut-Down, 12 U. Denv. Water L. Rev. 181 (2008-2009).
- LINDSAY, Bruce (2010), Climate of exception: what might a “climate emergency” mean in law?, *Federal Law Review*, Volume 38, pp 255-281. <https://doi.org/10.22145/flr.38.2.4>
- LUND, Jay; LORD, Ben; FLEENOR, William y WILLIS, Ann. (2014): Drought Curtailment of Water Rights – Problems and Technical Solutions. Center for Watershed Sciences, UC Davis. Technical comments to the State Water Resources Control Board.
- MARTIN Liber (2010), Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MARTÍN Liber y PINTO Mauricio (2015). Escasez extraordinaria y derecho de aguas en: Revista de Derecho Administrativo Económico N° 20, Santiago, PUCC.
- ROSSI, Giuseppe y CANCELLIERE, Antonio (2013). Managing drought risk in water supply systems in Europe: in *Journal of Water Resources Development*, 29:2, pp. 272-289, DOI: 10.1080/07900627.2012.713848.
- SALINAS ALCEGA, Sergio (2014), El cambio climático: Entre cooperación y conflicto. Propuestas desde el derecho internacional, 285 pp.
- NOÉ SCHEINWALD, Paula (2015). Interfaz ciencia-política en la gestión de sequía en Chile, Academia.edu
- URQUIJO, Julia, et al, (2005) Drought and exceptional laws in Spain: the official water discourse, en *International Environmental Agreements. Politics. Law and Economics*, Springer.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1999). El derecho de la sequía: la redistribución de aguas, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. I / N° 2, pp. 361-370.



# Derecho, marxismo y método<sup>1</sup>

*Law, Marxism and Method*

*Direito, Marxismo e Método*

*Droit, marxisme et méthode*

法律, 马克思主义与方法

Paul O'Connell<sup>2</sup>

Universidad de Londres - Inglaterra

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e359>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5674-0601>

Recibido: 15/12/2019

Aprobado: 10/02/2020

**Resumen:** El Derecho es crucial para el mantenimiento y la reproducción del capitalismo. A pesar de que Marx nunca produjo una teoría integral del Derecho, el Estado y los derechos, hay mucho de ello en su trabajo y

---

<sup>1</sup> Traducción, edición y corrección: María Gracia Villarreal Rodríguez (Estudiante de licenciatura en Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, U. Católica del Norte, sede Coquimbo, Chile. Correo de contacto: gracia.vr02@gmail.com) y Pablo Gres Chávez (Abogado, Universidad de Chile. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho, Escuela de Derecho, U. Católica del Norte, sede Coquimbo, Chile. Correo de contacto: pablo.gres@ucn.cl).

<sup>2</sup> Profesor de Derecho la Escuela de estudios orientales y africanos de la Universidad de Londres (SOAS University of London). Su investigación se centra en derechos humanos, teoría jurídica y enfoques marxistas del derecho. Ha publicado sobre derechos económicos y sociales, sobre la relación entre los derechos humanos y la globalización, y sobre marxismo, movimientos sociales y derechos humanos. Es autor de *Masking Barbarism: Human Rights in the Contemporary Global Order* (Hart 2018) y editor del Manual sobre derecho y marxismo (Edward Elgar, de próxima publicación). Correo de contacto: po5@soas.ac.uk. REDEA agradece especialmente al autor su autorización para traducir y publicar este trabajo y a los traductores y editores del presente texto.

en la tradición marxista más amplia, que pueden ayudarnos a entender la naturaleza y el rol del Derecho en el capitalismo contemporáneo. Este artículo esboza algunos de los recursos claves desde el interior de la teoría marxista, que pueden ayudarnos a desarrollar una comprensión marxista del Derecho, el Estado y los derechos en la actualidad. Específicamente el foco se centra en la cuestión del método, extrayendo tres hilos claves del propio trabajo de Marx: (i) la importancia del análisis dialéctico materialista, (ii) la naturaleza históricamente específica y transitoria del capitalismo, y (iii) la centralidad del antagonismo de la lucha de clases. El argumento propuesto aquí, en suma, es que las explicaciones marxistas del Derecho, el Estado y los derechos deberían poner en primer plano de referencia estos puntos analíticos, para hacer inteligible el rol del Derecho, y comenzar a esbozar cómo los movimientos hacia el cambio social fundamental podrían entenderse y ligarse con el Derecho.

**Palabras clave:** Derecho, Estado, Derechos Humanos, Marxismo, Método, Materialismo Dialéctico, Lucha de Clases

**Abstract:** The law is crucial to the maintenance and reproduction of capitalism. Although Marx never produced a comprehensive theory of law, state and rights, there is much in his work about this and in the wider Marxist tradition that can help us understand the nature and role of law in contemporary capitalism. This article outlines some of the key resources from within Marxist theory that can help us develop a Marxist understanding of law, state and rights today. Specifically the focus is on the question of method, drawing out three key threads from Marx's own work: (i) the importance of dialectical materialist analysis, (ii) the historically specific and transitory nature of capitalism, and (iii) the centrality of the antagonism of class struggle. The argument put forward here is that Marxist explanations of law and the state should bring these analytical points to the fore, to make the role of law intelligible and to begin to outline how movements towards fundamental social change might be understood and linked to law.

**Keywords:** Law, State, Human Rights, Marxism, Method, Dialectical Materialism, Class Struggle

**Resumo:** O direito é crucial para a manutenção e a reprodução do capitalismo. Apesar de que Marx nunca produziu uma teoria integral do Direito, o estado e os direitos, há muito disso em seu trabalho e na tradição

marxista mais ampla, que podem nos ajudar a entender a natureza e o papel do Direito no capitalismo contemporâneo. Este artigo descreve alguns dos principais recursos da teoria marxista que podem nos ajudar a desenvolver uma compreensão marxista do Direito, o Estado e os direitos na atualidade. Especificamente o foco está na questão do método, extraindo três linhas-chave do próprio trabalho de Marx: (i) a importância da análise materialista dialética, (ii) a natureza historicamente específica e transitória do capitalismo; e (iii) a centralidade do antagonismo da luta de classes. O argumento apresentado aqui, em resumo, é que as explicações marxistas do Direito, o Estado e os direitos deveriam colocar em primeiro plano esses pontos analíticos, para tornar inteligível o papel do Direito e começar a delinear como os movimentos em direção ao câmbio social fundamental poderia ser entendido e vinculado o Direito.

**Palavras-chave:** Direito, Estado, Direitos Humanos, Marxismo, Método, Materialismo Dialético, Luta de Classes

**Résumé:** Le droit est cruciale afin de maintenir et reproduire le capitalisme. Bien que Marx n'ait jamais produit une théorie complète du droit, l'état et les droits, il y en a beaucoup dans son travail et dans la tradition marxiste plus large. Cela peut nous aider à comprendre la nature et le rôle du droit dans le capitalisme contemporain. Cet article esquisse des certaines ressources clés dans la théorie marxiste, lesquels peuvent nous aider à développer une compréhension marxiste du droit, de l'État et des droits aujourd'hui. Spécifiquement, l'article se concentre sur la question de la méthode, en extrayant trois clés du travail de Marx: (i) l'importance de l'analyse dialectique matérialiste, (ii) la nature historiquement spécifique et transitoire du capitalisme, et (iii) la centralité de l'antagonisme de la lutte des classes. L'argument proposé, est que les explications marxistes de la loi, de l'État et des droits devraient mettre au premier plan ces points d'analyse afin de faire intelligible le rôle du droit et commencer à décrire comment les mouvements vers un changement social fondamental pourraient être compris et liés au droit.

**Mots-clés:** droit, État, droits de l'homme, marxisme, méthode, matérialisme dialectique, lutte de classe

**摘要:** 法律对于维持和复制资本主义至关重要。尽管马克思从未提出过全面的法律, 国家和权利理论, 但在他的著作和更广泛的马克思主义传统中有很多理论, 这可以帮助我们理解法律在当代资本主

义中的性质和作用。本文概述了马克思主义理论中的一些关键资源，这些资源可以帮助我们发展对当今法律，国家和权利的马克思主义理解。具体来说，重点放在方法问题上，从马克思的著作中汲取了三个关键线索：(i)辩证唯物主义分析的重要性，(ii)资本主义的历史特定性和暂时性，以及(iii)资本主义的中心性。阶级斗争的对抗。简而言之，这里提出的论点是，马克思主义对法律，家和权利的解釋应使这些分析要点脱颖而出，以使法律的作用易于理解，并开始概述向变革的方向。基本的社会可以被理解并与法律联系起来。

**关键词：**法律，国家，人权，马克思主义，方法，辩证唯物主义，阶级斗争

---

## 1. Introducción

El Derecho, en sus múltiples formas, juega un papel crucial en el mantenimiento y reproducción del modo de producción capitalista. Derechos, normas de propiedad, contratos, códigos penales, constituciones, tratados internacionales y las tradiciones jurisprudenciales que se desarrollan a su alrededor, todos sirven para estructurar y legitimar las relaciones sociales dentro de las sociedades capitalistas. A pesar de la importancia del Derecho, Marx nunca produjo una teoría integral del Derecho, el Estado y los derechos, a la par con su crítica a la economía política en el *Capital* (Cain 1974; Fine 1984). Como resultado de esto, la primera generación de marxistas nunca desarrolló realmente una teoría completa del Estado burgués (Lukács 1970, 61), y “toda la tradición Marxista clásica legó un silencio mortal” sobre cuestiones del Derecho, el Estado y los derechos (Hunt 1992, 110).

A lo largo del siglo XX, particularmente en momentos de pronunciadas crisis capitalistas, varios prominentes marxistas buscaron desarrollar explicaciones exhaustivas del papel del Derecho, el Estado y los derechos en la reproducción del capitalismo. Cada uno de estos teóricos desde Pashukanis (1978) y Renner (1949) a Althusser (1971), Poulantzas (1978) y Thompson (1975), realizaron importantes intervenciones y mejoraron,

de una forma u otra, los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos. Al mismo tiempo, cada una de estas intervenciones ha sido diferente: desde la unilateral y no dialéctica presentación de la legalidad burguesa en Pashukanis, hasta el reformismo fuera de lugar de Renner, el quietismo político de Althusser, y la fe injustificada de Thompson en el imperio de la ley. Así las cosas, es muy útil revisar la obra *Marxismo de Marx* (Draper 1977, 18) para orientar los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos hoy en día<sup>3</sup>.

En esta breve intervención, el argumento principal presentado es que desde el método de Marx (ampliamente concebido) es el lugar desde el que más podemos ganar en el desarrollo del análisis del Derecho, el Estado y los derechos de hoy en día. En particular, se argumentará que hay tres temas claves en el trabajo de Marx que deben informar los enfoques marxistas para el estudio del Derecho, el Estado y los derechos, a saber: (i) la centralidad del materialismo dialéctico; (ii) reconocer la naturaleza del capitalismo como la históricamente contingente y transitoria; y (iii) poner en primer plano el antagonismo de clases como central para entender la dinámica de las relaciones sociales capitalistas.

## 2. La centralidad del método

Las obras recopiladas de Marx y Engels contienen numerosas referencias discretas al Derecho, el Estado y los derechos (Cain y Hunt 1979). Sin embargo, en estas diversas referencias no hay una teoría o perspectiva coherente y consistente. Por ejemplo, en *La Ideología Alemana*, Marx y Engel declaran su oposición inequívoca al Derecho (Marx y Engels 1845/46, 209), mientras que más tarde en el volumen I de *El Capital* (Marx

---

<sup>3</sup> Por su puesto, hay muchos estudios interesantes sobre la relación entre el Derecho y el Marxismo, más allá del trabajo de estos pensadores canónicos en la tradición marxista. Para una descripción general y útil del campo, consulte el repositorio mantenido en: <https://legalform.blog>.

1867, Capítulo 10) y en su discurso inaugural de la Asociación Internacional de Trabajadores (Marx 1864), Marx elogia la exitosa lucha para tener una jornada laboral de diez horas consagrada legalmente, como triunfo para la clase obrera. En *El Manifiesto Comunista*, el Estado se interpreta de manera puramente instrumental como un comité para gestionar los asuntos de la clase dominante (Marx y Engel 1848 y 1890) mientras que en otras ocasiones se aprecia y enfatiza la autonomía relativa (Engels 1886 y 1890). Y finalmente, a través de las voluminosas obras seleccionadas de Marx y Engels, los derechos, a la vez, ridiculizados y defendidos en diferentes momentos (O’Connell 2018).

Como tal, hay poco que ganar con lo que Hal Draper llama “repetición de citas sin sentido” (Draper 1977, 17), o intentado sostener una teoría marxista completa del Derecho, el Estado y los derechos, en esta o aquella declaración o argumento aislado. No hay una sola o definitiva teoría marxista del Derecho, el Estado y los derechos presentada en la obra de Marx. Esto es porque Marx, a pesar de su ambición, “no produjo, como a veces se supone, una teoría de todo” (Harvey 2012, 5). En lugar de respuestas integrales sobre cómo abordar y pensar acerca del papel del Derecho, el Estado y los derechos bajo el capitalismo, lo que obtenemos de Marx son “sugerencias metodológicas sobre las preguntas que deben formularse y por dónde empezar respondiéndolas” (Hunt 2004, 602). Este punto sobre la centralidad del método se releva aún más por Lukács, quién incluso sostuvo que:

“el marxismo ortodoxo, por tanto, no implica la aceptación acrítica de los resultados de investigaciones de Marx. No es la “creencia” en esta o aquella tesis, ni la exégesis de un libro “sagrado”. Por el contrario, la ortodoxia se refiere exclusivamente al método. Es la convicción científica de que el materialismo dialéctico es el camino hacia verdad y que sus métodos sólo pueden desarrollarse, expandirse y profundizarse a lo largo de las líneas establecidas por sus fundadores. Es la convicción, además,

de que todos los intentos de superarlo o “mejorarlo” lo han llevado y deben conducir a una simplificación excesiva, a la trivialidad y al eclecticismo” (Lukács 1971, 1”).

Podemos preferir evitar el lenguaje de la ortodoxia por anticuado o inútil, pero incluso teniendo en cuenta eso, el punto que Lukács hace aquí es de importancia central.

Es decir, si bien podemos aprender de lo que Marx (y Engels) dijeron específicamente sobre el Derecho, el Estado y los derechos, no hay necesidad o valor en simplemente tratar de encontrar la “correcta” postura marxista sobre el Derecho, el Estado y los derechos. Más bien, podemos y debemos centrar nuestra atención sobre el marco metodológico que nos proporciona el trabajo de Marx y usarlo como punto de partida para desarrollar el análisis marxista del Derecho, el Estado y los derechos acorde a los desafíos del capitalismo de hoy en día.

### **3. Materialismo dialéctico**

C.L.R. James sostiene que es “imposible lidiar con el marxismo” a menos que sea sobre las bases del materialismo dialéctico (James 1999, 44). Similarmente, Bertell Ollman argumenta que todas “las teorías de Marx han sido moldeadas por su perspectiva dialéctica [...] y es solo al entender la dialéctica que estas teorías pueden entenderse, evaluarse y ponerse en práctica adecuadamente” (Ollman 2003, 4). Es importante reconocer ambos elementos del fundamento metodológico de Marx - la dialéctica y el materialismo. Estos dos elementos están relacionados de manera crucial e integral entre sí- como dice Chase, dentro de este esquema, el materialismo proporciona la hoja de ruta, pero sería inútil sin la brújula suministrada por dialéctica (Chase 1997, 33 Como el propio Marx señaló, tomó el método dialéctico desarrollado por Hegel y lo revolucionó, al cambiar el enfoque de las contradicciones abstractas entre ideas, por identificar las contradicciones materiales en la vida social (Marx 1867, 102-103).

La apropiación de Marx de los aspectos del método dialéctico de Hegel (abstracción, contradicción, negación, etc.) se ve aumentada por su énfasis en el materialismo. En su bien conocido *Prefacio a la Contribución a la Crítica de la Economía Política*, que Marx elaboró sobre su filosofía materialista, señaló que con el tiempo sus estudios lo llevaron a la conclusión de que “ni las relaciones jurídicas, ni las formas políticas podrían ser comprendidas ya sea por ellas mismos o sobre la base de un llamado desarrollo general de la mente humana, sino que, por el contrario, se originan en las condiciones materiales de la vida” (Marx 1859, 262).

Marx desarrolla aún más este punto, cuando argumenta que

“en la producción social de su existencia, los hombres inevitablemente entran en relaciones, las cuales son independientes de su voluntad, es decir, relaciones de producción propias de una determinada etapa en el desarrollo de sus fuerzas materiales de producción. La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, el fundamento real, sobre el cual surge una superestructura jurídica y política y a la cual corresponden formas definidas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso general de la vida social, política e intelectual. No es la conciencia de los hombres la que determina su existencia, sino que su existencia social determina su conciencia” (Ibíd., 263).

De esto se desprende que, al abordar cuestiones sobre el Derecho, el Estado y los derechos, los análisis marxistas deben comenzar subrayando las condiciones históricas y materiales específicas que hacen surgir formas jurídicas particulares. Al mismo tiempo, esto tiene que ser complementado con una comprensión dialéctica de las formas jurídicas específicas, no como cosas, sino como procesos y relaciones complejas y contradictorias. No estática y unilateral, sino que dinámica, contradictoria, y cambiante. Como señala Chase, la estasis “representa solo la apariencia, la contradicción en la verdad. Todo, de una extraña



pero importante manera, está constantemente en el proceso de llegar a ser su opuesto” (Chase 1997, 39).

Adoptar este enfoque significa impugnar y rechazar interpretaciones del Derecho formalistas legalistas y liberales como la encarnación natural de la “razón humana” (Montesquieu 1949/1748, 6). En cambio, los análisis marxistas deberían enfatizar las específicas y complejas vías mediante las cuales particulares formas legales o estatales se corresponden con y refuerzan el modo de producción prevaleciente. Esto no implica un despliegue simplista o mecánico de la metáfora base-superestructura. En lugar de aquello, los análisis marxistas pueden y deben reconocer la relativa autonomía que los regímenes jurídicos adquieren con el tiempo, además de siempre enfatizar el papel determinante en el modo de producción (Engels 1890). Debería subrayarse aquí, que es la producción de la plusvalía (en forma de ganancias, intereses y rentas) la que predomina dentro del modo de producción capitalista, y que esto es una relación social (dinámica, cambiante y contradictoria), más que una cosa material (Harvey, 2012, 15). En este contexto, el Derecho, el Estado y los derechos son elementos del complejo conjunto de relaciones sociales que contribuyen a la reproducción del capitalismo, y no solo reflejos epifenoménicos de la base material (Steinberg 2016).

De ello se deduce que los análisis marxistas deben tratar de evitar los relatos ahistórico, metafísicos y unidimensionales del Derecho, el Estado y los derechos realizados por críticos liberales y de izquierda liberal por igual. En lugar de valorar ciegamente las formas existentes o descartarlas sin más, los análisis marxistas deberían focalizarse en rastrear las relaciones materiales y concretas que producen o sostienen a las formas legales o estatales dadas. Junto con esto, los análisis marxistas deben estar atentos al carácter contradictorio, complejo y dinámico de las relaciones legales dadas. De lo contrario corren el riesgo de retroceder en relatos idealistas o metafísicos o críticos del Derecho, el Estado y los derechos que no tocan la realidad

de las relaciones sociales y las posibilidades de un cambio fundamental.

#### **4. La especificidad del capitalismo**

El materialismo dialéctico debería ser un punto de partida para los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos. Sin embargo, este aspecto del método de Marx, en sentido estricto, necesita ser complementado con otros dos elementos cruciales. El primero de ellos, fluye casi directamente de la aplicación de Marx del materialismo dialéctico al estudio de la transformación social a través del tiempo. Es la contingencia histórica y la transitoriedad del modo de producción capitalista. Al respecto, Marx sostuvo que el aspecto racional y revolucionario de la dialéctica “incluye en su comprensión positiva de lo que existe un reconocimiento de su negación, simultáneamente” (Marx 1867, 103). De esto se deduce que la “sociedad actual no es un cristal sólido, sino un organismo capaz de cambiar y que está constantemente involucrado en un proceso de cambio” (Marx 1867, 93).

El segundo punto es tan importante como el primero. El modo de producción capitalista, con sus formas sociales concomitantes, emerge como una etapa histórica específica, que a su debido tiempo será reemplazado. Esto es lo que Paul Sweezy denomina una “importante premisa” para los marxistas: el carácter transitorio del capitalismo (Sweezy 1946, 22). Esto no implica certeza teológica, ni leyes férreas de desarrollo histórico, sino que el adoptar una comprensión del modo de producción capitalista y de sus formas sociales como contingente y transitorio, es crucial para la orientación de los análisis marxistas de cuestiones concretas en su amplio contexto histórico.

En el amplio esquema teórico de Marx, el capitalismo como una sociedad históricamente contingente no es estático, sino que está dividido por contradicciones fundamentales que presagian su transformación. Las contradicciones de clase (a las que volveremos más abajo) son centrales aquí. Como Rühle

argumenta, para Marx, la lucha de clases se convierte en una “ley de evolución histórica” con “el socialismo como el resultado necesario y lógico de esa lucha” (Rühle 1929, 392). Este último punto proporciona una premisa política y teórica crucialmente importante para el análisis marxista, a saber, la inevitabilidad del socialismo. Esto ha sido bien dicho por James, quien argumenta que

“[...] la inevitabilidad del socialismo permanece como una imperiosa necesidad para los marxistas en tanto concepción. La razón es esta: tenemos muchos hechos objetivos antes de nosotros, eventos históricos, una inmensa variedad de acontecimientos. Cuando los observas tienes que decidir cuál apoyas, cuál hará avanzar las perspectivas que tienes, y qué está actuando en contra de estas perspectivas. En otras palabras [...] cuáles lideran el avance a una sociedad socialista, y cuáles colaboran al avance de, lo que la concepción marxista ha denominado, la barbarie” (James 1999, 44).

La inevitabilidad del socialismo, en este entendido, proporciona un crucial “criterio de juicio” para desarrollar y orientar el análisis marxista (Ibid.).

Cuando se trata de los análisis marxistas sobre el Derecho, el Estado y los derechos, dos implicaciones claves surgen de este aspecto del marco metodológico de Marx. El primero es que los análisis marxistas tienen que disputar y cuestionar la naturalidad de las formas legales y estatales existentes. El teórico burgués<sup>4</sup> trata el capitalismo como algo natural, inevitable y evidente, y como tal considera las formas y relaciones legales existentes como “las relaciones necesarias que surgen de la naturaleza de las cosas” (Montesquieu 1748/1949, 1), o como los “componentes necesarios de una sociedad justa” (Harel 2014, 3). En contraste, una tarea central para los análisis

---

<sup>4</sup> El término burgués se usa aquí para referirse a la amplia gama de pensadores que ven el orden capitalista “como la forma absoluta y última de producción social” en lugar de una histórica etapa transitoria del desarrollo” (Marx 1867, 96).

marxistas es mostrar cómo surgen formas jurídicas particulares, no como el producto inevitable de la razón, sino de manera contingente, en contextos históricos específicos coloreados por el modo de producción prevaleciente.

El segundo punto crucial que sigue, es que no solo se dan formas legales y estatales históricamente contingentes, sino que también transitorias. Este último punto es particularmente importante hoy. Para Marx y Engels, la totalidad de su trabajo político y teórico se dedicó a construir y apoyar un movimiento que aboliría “el estado actual de las cosas” (Marx y Engels 1845/46, 49). Por el contrario, gran parte del marxismo contemporáneo está marcado por un quietismo (Anderson, 1979) que, si bien se aferra a las formas de análisis marxista, ha roto con la idea fundamental del marxismo como teoría y práctica de la liberación humana. En cambio, el marxismo en esta línea “se convierte en una teoría de la dominación capitalista” (Holloway 2012, 516).

Curiosamente, llegamos a una posición en la que tanto la corriente principal (positivista, formalista, iusnaturalista) como las teorías críticas del Derecho terminan como dos caras de la misma moneda. La primera busca racionalizar o perfeccionar las formas jurídicas existentes, mientras que la segunda se involucra en una “sacudida” unilateral de las normas legales vigentes, pero ambas en última instancia conservan el modo de producción capitalista como premisa inalterable. En contraste con cualquiera de estas perspectivas, los análisis marxistas no deberían valorar el orden existente, ni sucumbir al fatalismo resignado. Apreciar la contingencia histórica y la fugacidad del capitalismo y sus formas legales y estatales concomitantes, permite el desarrollo de análisis que rechazan la falsa necesidad de las relaciones existentes (Sweezy 1946, 22), pero también proporciona un criterio para identificar, desarrollar y apoyar cambios que promuevan la causa más amplia de la transformación social fundamental.

## 5. Lucha de clases

El elemento final del marco metodológico de Marx es la centralidad de la lucha de clases. Sin tener el espacio para entrar en los debates sobre clase y análisis de clase con gran profundidad aquí, es importante hacer algunos breves puntos. La clase, para Marx, es la contradicción fundamental en el corazón del modo de producción capitalista (Wood 1988, Mészáros 1995). La explotación de clase es el factor definitorio dentro del análisis marxista, pero entendido adecuadamente, no desconoce, ni descarta las otras valencias de opresión, de importancia crucial, ya sea género, raza, casta o sexualidad. Finalmente, la clase en la tradición marxista se entiende mejor como la relación estructural de grupos específicos de personas para controlar la apropiación de la plusvalía (Draper 1977, 14). Crucialmente, lo que esto significa es que, independientemente de cómo las personas se definan subjetivamente y se comprendan a sí mismas, como millonarios temporalmente frustrados o lo que sea, la gran mayoría de las personas permanecen, bajo el capitalismo contemporáneo, dentro de la clase trabajadora (Mohun 2016).

Desde sus primeros trabajos filosóficos, hasta su economía política madura y todo lo demás, Marx enfatizó la centralidad del antagonismo de clase y la lucha de clases para su comprensión de cómo surgió, funciona y se desarrolla el capitalismo en el tiempo. En su *Contribución a la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Marx ya había llegado a una posición que enfatizaba las contradicciones fundamentales entre la emancipación humana significativa y la institución de la propiedad privada. A partir de esto, concluyó que el “corazón” de la emancipación humana es el proletariado naciente, y que el logro de tal emancipación requerirá “la negación de la propiedad privada” (Marx 1844, 187).

Como es bien sabido, en *El Manifiesto Comunista*, Marx y Engels identificaron la lucha de clases como la fuerza motriz del cambio histórico y acusaron a la clase obrera internacional de la responsabilidad de suprimir y trascender el modo de

producción capitalista (Marx y Engels, 1848). Se debe destacar que, no solo en estas intervenciones políticas, sino también en su trabajo científico más maduro, Marx vuelve una y otra vez a la centralidad de la lucha de clases. Por ejemplo, en el postfacio a la segunda edición del volumen I de *El Capital*, Marx señala que la buena recepción que *El Capital* tuvo “en amplios sectores de la clase obrera alemana, es la mejor recompensa por mis trabajos” (Marx 1867, 95). De manera similar, en el Prefacio a la edición francesa de *Capital*, Marx señala que hacer que el trabajo sea accesible para la clase trabajadora es, para él, una consideración que “supera todo lo demás” (Marx 1867, 104).

El antagonismo de clase y la lucha de clases, entonces, es el “fundamento de toda la política de Marx”, y fundamentalmente colorea su enfoque metodológico para comprender el modo de producción capitalista (Draper 1977, 14). La dinámica fundamental que caracteriza al capitalismo es la contradicción entre la clase capitalista y la clase obrera. Como el capitalismo es un sistema basado en la expansión incesante del capital, y como esto se logra mediante la explotación del trabajo, existe dentro del modo de producción capitalista un conflicto irreducible entre los intereses de las dos clases.

El aumento de capital, es resultado de la explotación y degradación del trabajo y la clase trabajadora. Como Marx lo pone al final del volumen I de *El Capital*:

“todos los métodos para la producción de plusvalía son al mismo tiempo métodos de acumulación; y cada extensión de acumulación se convierte nuevamente en un medio para el desarrollo de esos métodos. Por lo tanto, se deduce que, en la medida en que el capital se acumula, la porción del trabajador, sea su pago alto o bajo, debe empeorar [...] Se establece una acumulación de miseria, correspondiente a la acumulación de capital. La acumulación de riqueza en un polo es, por lo tanto, al mismo tiempo acumulación de miseria, agonía de la esclavitud del trabajo, ignorancia, brutalidad, degradación mental, en el polo opuesto, es decir, del lado de la

clase que produce su propio producto en el forma de capital” (Marx 1867, 709)

Los procesos de acumulación de capital y la reproducción del modo de producción capitalista dan como resultado un sistema de desigualdad y de falta de libertad para la clase trabajadora, además de la desigualdad sistémica concomitante que conlleva (Wright 2005).

En marcado contraste con la realidad producida por el funcionamiento del modo de producción capitalista, la ideología legalista liberal plantea un mundo de individuos libres e iguales, comprometidos con la búsqueda racional del propio interés, que legitima la desigualdad sistémica y el antagonismo de clase “mediante la negación de su existencia ”(Wood 1988, 14). Como dijo Montesquieu, una vez que se abandona el estado de naturaleza, solo “la protección de las leyes” puede hacer que las personas sean libres e iguales (Montesquieu 1748/1949, 111). Del mismo modo, Dicey de manera muy lírica se refiere a la majestuosa igualdad ante la ley, cuando sostiene que “cada hombre, cualquiera que sea su rango o condición”, está sujeto por igual (Dicey 1915/1982, 114). Y esta tradición se mantiene viva por los teóricos contemporáneos, quienes sostienen que las fuertes protecciones legales son una “condición previa necesaria para la libertad” (Harel 2014, 7).

En contraste con esta idealización de las reglas y formas legales existentes como naturales, neutrales y propicias para la igualdad y la libertad, una tarea central de los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos es resaltar el papel que desempeñan en la estructuración y legitimación de sociedades divididas por desigualdades de clase y contradicciones. En este sentido, hay algo de verdad tanto en la afirmación de que la “jurisprudencia burguesa” es “la voluntad de [la clase dominante], convertida en una ley para todos” (Marx y Engels 1848, 501) como en la observación de que la ley rara vez es “la expresión dura, no mitigada, no adulterada de la dominación de una clase” (Engels 1890, 60).

En este punto, todos los elementos del método de Marx discutidos hasta ahora se unen, como deben ser en cualquier análisis concreto. Las normas jurídicas, los derechos o las formas estatales siempre serán el producto de desarrollos y contiendas históricas concretas. Como tal, cualquier norma dada reflejará una combinación entre los requisitos objetivos del modo de producción y el equilibrio subjetivo de fuerzas entre las clases contendientes. Es importante tratar de poner de relieve todos estos aspectos, a fin de evitar todos los males de la reificación, el quietismo o el materialismo mecánico simplista.

Por ejemplo, la reciente ronda de propuestas para acuerdos comerciales megaregionales (TTIP, TPP, etc. con el TLCAN como precursor temprano) es un intento de abordar la crisis estructural del capitalismo (Mészáros 1995). En este sentido, estos nuevos regímenes jurídicos propuestos responden a una necesidad estructural del modo de producción (restaurar la rentabilidad), así como a promover los intereses de facciones específicas del capital. Al mismo tiempo, estos acuerdos propuestos se opusieron a amplias colaciones de sindicalistas, ambientalistas y otros en toda Europa, Asia y América Latina. Los acuerdos propuestos se han suspendido, por ahora, hasta que resurja algo parecido a las propuestas originales, esto será producto de los requerimientos objetivos del modo de producción cambiante como de la lucha de clases.

Generalizando a partir de esto, los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos deberían enfatizar el papel que desempeñan las formas jurídicas dadas en la estructuración y legitimación ideológica de sociedades fundamentalmente divididas en clases. Al mismo tiempo, los análisis marxistas deberían estar atentos a las contradicciones que prevalecen en los regímenes dados, y el potencial dentro de ellos para promover los intereses inmediatos de la clase trabajadora y otros grupos subalternos. Como una cuestión de política, informada por las ideas del análisis materialista dialéctico, es posible apreciar que la retórica legalista y las normas jurídicas que “disfrazan



la naturaleza del poder gobernante” pueden “simultáneamente” convertirse en un sitio de lucha “para aquellos que han sido desalojados del poder”(Chase 1997, 56). Este último punto es de vital importancia, porque el marxismo nos proporciona una forma de entender “la realidad social que [proporciona] la base teórica apropiada para cambiarla” (Lukács 1970, 93).

El antagonismo de clase y la lucha de clases proporcionan el punto de apoyo sobre el que depende todo el método de Marx. Unifica la comprensión dialéctica materialista de la centralidad de las contradicciones materiales que tienden hacia el cambio social, con la contingencia histórica y la fugacidad del capitalismo. Como tales, los análisis marxistas del Derecho, el Estado y los derechos deben ser capaces de dar cuenta de las formas desordenadas y contradictorias en las que las formas jurídicas y estatales sostienen fundamentalmente el modo de producción existente, al tiempo que median y cristalizan (por un tiempo) los antagonismos de clase en el corazón del capitalismo.

## 6. Conclusión

Como se señaló al principio, el trabajo de Marx no nos proporciona una teoría integral de todo, en la que simplemente podamos conectar datos contemporáneos y obtener la conclusión correcta. En particular, el trabajo de Marx no nos proporciona una posición clara y coherente sobre cómo debemos abordar las preguntas importantes sobre el papel del Derecho, el Estado y los derechos. Dicho esto, el trabajo de Marx nos proporciona “una plantilla básica e insustituible” (Harvey 2012, 18) sobre la cual podemos comenzar a construir nuestros propios análisis del Derecho, el Estado y los derechos hoy.

El argumento que se presenta aquí es que el materialismo dialéctico, la contingencia histórica y la fugacidad del modo de producción capitalista y la lucha de clases son los puntos de referencia metodológicos centrales que podemos y debemos tomar de Marx para informar el desarrollo de los análisis marxistas del Derecho, el Estado y derechos. Es importante

recordar en todo esto que, si bien Marx se puede agrupar con Weber y otros en el panteón de los grandes científicos sociales, su trabajo representa mucho más el ser recurso crítico más. El trabajo de toda la vida de Marx fue, según su undécima tesis sobre Feuerbach, la preocupación por comprender la realidad del capitalismo, a fin de cambiarlo. No hay una manera fácil de mapear este compromiso revolucionario, en lo que respecta a los métodos, para entender el Derecho, el Estado y los derechos, pero ese es el desafío que debemos enfrentar.

## Referencias

- Althusser, Louis. 1971. *On Ideology*. London: Verso.
- Anderson, Perry. 1979. *Considerations on Western Marxism*. London: Verso.
- Berman, Marshal. 1999. *Adventures in Marxism*. London: Verso.
- Cain, Maureen. 1974. The Main Themes in Marx' and Engels' Sociology of Law. *British Journal of Law and Society* 1 (2): 136-148.
- Cain, Maureen and Alan Hunt. 1979. *Marx and Engels on Law*. London: Academic Press.
- Chase, Anthony. 1997. *Law and History*. New York: The New Press.
- Dacey, Albert V. 1982/1915. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis, en: Liberty Fund.
- Draper, Hal. 1977. *Karl Marx's Theory of Revolution – Volume 1: State and Bureaucracy*. New York: Monthly Review Press.
- Engels, Friedrich. 1890. Letter to Conrad Schmidt. In *MECW Volume 49*, 57-65. London: Lawrence & Wishart.
- Engels, Friedrich. 1886. Ludwig Feuerbach and the End of Classical German Philosophy. In *MECW Volume 26*, 353-398. London: Lawrence & Wishart.
- Fine, Bob. 1984. *Democracy and the Rule of Law: Marx's Critique of the Legal Form*. London: Pluto.
- Harel, Alon. 2014. *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Harvey, David. 2012. History Versus Theory: A Commentary on Marx's Method in Capital. *Historical Materialism* 20 (2):3-38.

- Holloway, John. 2012. Crisis and Critique. *Capital & Class* 36(3) 515-519.
- Hunt, Alan. 2004. Getting Marx and Foucault into Bed Together. *Journal of Law and Society* 31 (4): 592-609.
- Hunt, Alan. 1992. A Socialist Interest in Law. *New Left Review* I/192: 105-119.
- James, C.L.R. 1999. Marxism for Our Times. In *Marxism For Our Times: C.L.R. James on Revolutionary Organization*, edited by Martin Glaberman, 43-66. Jackson, MS: University Press of Mississippi.
- Lukács, Georg. 1971. *History and Class Consciousness*. Cambridge MA: MIT Press.
- Lukács, Georg. 1970. *Lenin: A Study in the Unity of His Thought*. London. New Left Books.
- Marx, Karl. 1867. *Capital: A Critique of Political Economy: Volume One*. London: Penguin.
- Marx, Karl. 1864. Inaugural Address of the Working Men's International Association. In *MECW Volume 20*, 5-13. London: Lawrence & Wishart.
- Marx, Karl. 1859. A Contribution to the Critique of Political Economy. In *MECW Volume 29*, 257-507. London: Lawrence & Wishart.
- Marx, Karl. 1857/58. *Grundrisse*. London: Penguin.
- Marx, Karl and Friedrich Engels. 1848. Manifesto of the Communist Party. In *MECW Volume 6*, 477-519. London: Lawrence & Wishart
- Marx, Karl. 1844. Contribution to the Critique of Hegel's Philosophy of Right. In *MECW Volume 3*, 175-187. London: Lawrence & Wishart.
- Marx, Karl and Friedrich Engels. 1845/46. The German Ideology. In *MECW Volume 5*, 19-539. London: Lawrence & Wishart.
- Mészáros, István. 1995. *Beyond Capital*. London: The Merlin Press.
- Mohun, Simon. 2016. Class Structure and US Personal Income Distribution, 1918-2011. *Metroeconomica* 67 (2): 334-363.
- Montesquieu, Charles-Louis. 1949/1748. *The Spirit of the Laws*. New York: Hafner Publishing Company.

- O'Connell, Paul. 2018. On the Human Rights Question. *Human Rights Quarterly* 40 (4) [forthcoming].
- Ollman, Bertell. 2003. *Dance of the Dialectics: Steps in Marx's Method*. Chicago: University of Illinois Press.
- Pashukanis, Evgeny. 1978. *Law and Marxism: A General Theory*. London: Pluto.
- Poulantzas, Nicos. 1978. *State, Power, Socialism*. London: New Left Books.
- Renner, Karl. 1949. *The Institutions of Private Law and Their Social Function*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Rühl, Otto. 1929. *Karl Marx: His Life and Works*. London: Allen and Unwin.
- Steinberg, Marc. 2016. *England's Great Transformation*. Chicago: Chicago University Press.
- Sweezy, Paul. 1946. *The Theory of Capitalist Development*. London: Dennis Dobson Ltd.
- Thompson, Edward P. 1975. *Whigs and Hunters: The Origins of the Black Act*. New York: Pantheon Books.
- Wood, Ellen Meiksins. 1988. Capitalism and Human Emancipation. *New Left Review* I/167: 3-20.
- Wright, Ian. 2005. The Social Architecture of Capitalism. *Physica A* 346: 589-620.

# El conciliador como tercero en la relación contractual: La innovación social en la práctica restaurativa de solución de conflictos

*The conciliator as a third party in the contractual relationship: Social innovation in restorative conflict resolution practice*

*O conciliador como terceiro na relação contratual: inovação social na prática de resolução de conflitos restaurativos*

*Le conciliateur en tant que tiers dans la relation contractuelle: l'innovation sociale dans la pratique de la résolution réparatrice des conflits*

合同关系中作为调解人的第三方:在解决冲突的恢复性实践中的社会创新

*Idarmis Knight Soto*<sup>1</sup> y *Marla Iris Delgado Knight*<sup>2</sup>  
Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez - Cuba

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e360>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4713-7488>

<https://orcid.org/0000-0003-1206-2092>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

**Resumen:** El comportamiento entre las partes, basada en su razón jurídica, impone límites al desequilibrio contractual, que en principio se

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Consultora Jurídica.

<sup>2</sup> MsC. Profesora Asistente. Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Notaria

hace previsible en determinadas circunstancias perceptibles, a partir de una comunicación clara influenciada por valores como herramienta para solucionar conflictos con la participación de un tercero, sobre la base de la conciliación entre las partes<sup>3</sup>, centrada en sus necesidades mediante un proceso colaborativo, innovador, y amistoso, con técnicas asertivas, que constituye una nueva forma de entender la defensa jurídica y la justicia, bajo un código deontológico.

**Palabras Claves:** innovación social, Conciliación, contrato.

**Summary:** The behavior between the parties, based on their legal reason, imposes limits to the contractual imbalance, which in principle is made foreseeable in certain perceivable circumstances, based on a clear communication influenced by values as a tool to resolve conflicts with the participation of a third party, on the basis of reconciliation between the parties, focused on their needs through a collaborative, innovative, and friendly process, with assertive techniques, which constitutes a new way of understanding legal defense and justice, under a code of ethics.

**Keywords:** social innovation, Conciliation, contract

**Resumo:** O comportamento entre as partes, com base em sua razão legal, impõe limites ao desequilíbrio contratual, que em princípio é previsível em determinadas circunstâncias perceptíveis, com base em uma comunicação clara, influenciada por valores como ferramenta para solucionar conflitos com a participação de terceiros, com base na reconciliação entre as partes, focada em suas necessidades por meio de um processo colaborativo, inovador e amigável, com técnicas assertivas, que constitui uma nova maneira de entender a defesa legal e a justiça, sob um código de ética.

**Palavras-chave:** inovação social, conciliação, contrato

**Résumé:** Le comportement entre les parties, sur la base de leur raison juridique, impose des limites au déséquilibre contractuel, qui est en principe rendu prévisible dans certaines circonstances perceptibles, sur la base d'une communication claire influencée par les valeurs comme outil pour résoudre les conflits avec la participation d'un tiers, sur la base

<sup>3</sup> *Vid.* Art 6 –g) de la Resolución 41 del Ministerio de Justicia de fecha 3 de marzo del 2018, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 205 de marzo del 2018

de la réconciliation entre les parties, centrée sur leurs besoins à travers un processus collaboratif, innovant et convivial, avec des techniques d'affirmation, qui constitue une nouvelle façon d'appréhender la défense juridique et la justice, selon un code d'éthique.

**Mots-clés:** innovation sociale, conciliation, contrat.

**摘要:** 当事人之间的行为, 基于其法律原因, 对合同不平衡施加了限制, 原则上, 在某些可感知的情况下, 合同不平衡是可以预见的, 这是基于受价值观影响的清晰沟通作为解决与第三方参与冲突的工具, 在双方之间的和解基础上, 过合作, 创新和友好的流程, 以果断的技术专注于他们的需求, 这构成了根据道德守则理解法律辩护和正义的新方式。

**关键词:** 社会创新, 调解, 合同。

---

## Exordio

La estructura jurídica de las cláusulas de los contratos es heterogénea configurada típicamente por su contenido, la interpretación como principio rector tiene basamento en la preeminencia de la obediencia debida a las normas imperativas, bajo el principio de la declaración de voluntad de las partes para darle eficacia al acto e imponer un significado que esté íntimamente ligada a la responsabilidad. De ahí, que la información sustancial que se deriva del contrato debe ser oportuna, transparente y de obligatoriedad para las partes.

Cada vez es más creciente la solicitud de tercero o terceros por las partes en litigio para resolver controversias de manera amistosa en la práctica mercantil nacional<sup>4</sup> e internacional, en sustitución de los litigios judiciales, de cara a construir relaciones económicas armónicas; y es precisamente el objetivo de este artículo, demostrar como la Ley Modelo sobre Conciliación

---

<sup>4</sup> Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente: — Suprímase la palabra "internacional" en el párrafo 1 del artículo 1; y — Suprímense los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1.

Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>5</sup>, conjuntamente con el Reglamento de Conciliación, recomendado por la Asamblea General en su Resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980, constituyen documentos de tutela jurídico-pública que brindan pautas para lograr acuerdos integrativos que superen las circunstancias conflictuales, aun cuando no exista una ley interna sobre este tema en cuestión.

## **1. El conciliador como tercero neutral en el sistema de tutela de las obligaciones contractuales contraídas por las partes**

La “conciliación” se define como todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente<sup>6</sup>, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculadas a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia<sup>7</sup>, propiciará la solución consensual, que permita a los contendientes acatar los puntos de vista de uno u otro, mediante el acuerdo de voluntades con equitativos compromisos, propiciando en el mejor de los casos el fin del conflicto<sup>8</sup>.

La asistencia de un tercero neutral en el procedimiento de conciliación soporta el consenso entre las partes, con la que se limita a facilitar el diálogo, bajo el principio de la

---

<sup>5</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1) 57/18. Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

<sup>6</sup> También se puede conocer como dictamen neutral, miniproceso

<sup>7</sup> *Vid.* Artículo 4 de la Ley Modelo de conciliación de la Ley Modelo de Naciones Unidas

<sup>8</sup> Knight Soto I, Delgado Knight M.I, Fournier Duharte, N, (2019) *La protección jurídica de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano*. Realidad y deseo, Congreso de Abogacía 2019 ISBN 978-959-7261-04-9, La Habana, 2019



confidencialidad, tres elementos identifican el concepto a decir: la existencia de una controversia, la intención de las partes de llegar a un arreglo amistoso y la participación de un tercero o de terceros independientes e imparciales que ayuden a las partes a llegar a una solución amistosa.

En cambio con secuencias flexibles y sostenidas, en la negociación entre las partes no interviene terceros, se pueden o no adoptar acuerdos a través de las ofertas y contra ofertas en actitudes de competencias, para satisfacer intereses, a través de un proceso para construir acuerdos que perduren en el tiempo a través del diálogo, se trata de la perspicacia competitiva con que se enfrenten los tratos.

Ciertos principios ponen de manifiesto la actitud ética de los conciliadores, los códigos deontológicos lo refuerzan para su ejercicio, la cultura de la conciliación que tomen las partes en las discrepancias que puedan surgir de la ejecución de un contrato, constituye seguridad jurídica y la función que la sociedad demanda de la abogacía, al decir Fajardo Matos y Smith Frrhills<sup>9</sup>, es de triple perspectiva:

1. Reflexionar sobre el valor añadido que un cliente espera que un abogado aporte a la solución de un conflicto mercantil, de ayudar a generar un cambio en la cultura legal, que parta de considerar más los intereses de los clientes para incorporar el diagnóstico de los conflictos y la capacidad estratégica de negociar esos intereses en función y formación del abogado.
2. Deducir de la práctica un método de análisis de los conflictos mercantiles, la sincronía del trabajo del abogado con el interés del cliente exige el análisis previo del conflicto.
3. Definir ciertas pautas para el diseño de estrategia en el uso de los métodos alternativos de solución de conflictos

---

<sup>9</sup> FAJARDO MATOS, P Y SMITH FRRHILL S, H, (2015). ¿Para qué sirve un abogado?. El papel del abogado de Empresa en el siglo XXI, en *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*. Edit. REUS, S.A, Madrid, pp. 66-67

mercantiles, se trata de entender las razones de filosofía subyacente, que justifican la cooperación de las partes, en vez de enfrentarse, como solución más eficiente de conflictos.

Este tercero imparcial, y especialmente entrenado para este fin, debe dominar eficazmente los factores metodológicos, fundamentalmente por haber adquirido las competencias profesionales esenciales y las habilidades en el manejo de los recursos comunicacionales. (...) como exigencias de las garantías mínimas para el ciudadano que pueda optar por acudir a un proceso de mediación en cuanto a la calidad técnica con la que se pueda desarrollar el proceso de mediación en cuanto a calidad técnica<sup>10</sup>.

El modelo social que se utilice en los procesos de conciliación tiene como premisa el empoderamiento de la persona como ser social, de cara a definir acuerdos justos que satisfagan a las partes.

### ***1.1. Modalidades del tercero conciliador en el Derecho Colaborativo y la Mediación***

El derecho colaborativo tiene su origen en la conferencia de Pound, en la que el profesor Sander, ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto; surgiendo el concepto del tribunal multipuertas, “*multi-door courthouse*”, en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, mediación, arbitraje, evaluación de expertos, etc.<sup>11</sup>.

En el Derecho colaborativo los abogados realizan una negociación estructurada para satisfacer el interés de los clientes,

---

<sup>10</sup> ORTUÑO, P., Apuntes críticos sobre la Ley 5/12, de 6 de julio, de mediación Civil y Mercantil, en *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, no. 3 ed. REUS. S.A, Madrid, 2013, pp48-49

<sup>11</sup> SOLETO MUÑOZ, H, RUÍZ LÓPEZ C., “Elementos esenciales del Derecho Colaborativo”, en *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, vol. núm. 3. Ed. Reus, S. A., 2016 ISSN: 2340-9681, p 97.

compartiendo beneficios, desde una perspectiva interdisciplinar, es un proceso voluntario y rápido para construir acuerdos eficaces, que de no lograrse pueden acudir las partes en conflictos a la vía jurisdiccional; se ha de apuntar que la representación recae en otros abogados.

Por su parte la mediación se caracteriza por la presencia de un tercero dentro de una estructura singular, que no decide, sin embargo, su oficiosidad en la solución del conflicto posee tres funciones: a) acercamiento de las partes para el análisis flexible del conflicto, b) colaboración para analizar las vías efectivas para dar solución al conflicto c) la adopción de acuerdos que transformen el conflicto como una forma de innovación social a partir de sus intereses.

El tercero conciliador durante el procedimiento debe velar por principios subyacentes como la autodeterminación de las partes, la equidad sustantiva, es decir lograr que el acuerdo, sea justo eficaz, estable e inteligente, así como la justicia del proceso, equidad procedimental<sup>12</sup>.

La equidad sustancial en la conciliación puede determinarse por la remisión a algún reglamento u otra vía, de no existir acuerdo al respecto entre las partes, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia, en cualquier caso, este como tercero procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, podrá presentar propuestas para un arreglo de la controversia, así como llamar a peritos, mediadores, u otros profesionales, se trata de lograr un acuerdo en el cual las partes determinan su contenido.

---

<sup>12</sup> Cfr. ÁLZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., MERINO ORTÍZ, C, FERNÁNDEZ VILLANUEVA, I., RUÍZ GARCÍA, MA JOSÉ .(2016), "La Intervención en conflictos mediante procesos adaptativos: valores de la mediación e intuicionismo ético" *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid, p. 37.

Por otra parte el perito puede intervenir en el proceso de conciliación, emite un dictamen que no es vinculante, sin embargo Redondo Trigo plantea (...) que un informe de ajuste elaborado por un auditor correspondiente, las partes suelen pactar que las posibles diferencias al respecto sean dirimidas definitivamente por otro auditor (que en puridad y por lo que se verá, más parece arbitrador), sometiéndose, de forma firme y vinculante, a la decisión del mismo (...) <sup>13</sup>.

El arbitrador <sup>14</sup>, casi desconocido en nuestra doctrina jurídica, al decir de Diez Picazo <sup>15</sup>, procede del Derecho romano y fue objeto preferente por parte del derecho medieval, no dicta laudo, es el que solventa un extremo no jurídico de una relación jurídica <sup>16</sup>, fija elementos en un contrato, de este no se exige una tasación, sino un parecer, aunque obligatorio, es decir, no se considera arbitraje la intervención de un tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente <sup>17</sup>.

Dado que el papel del conciliador se limita a facilitar el diálogo entre las partes, no se necesitan garantías procesales como las que existen en el arbitraje, por ejemplo, la prohibición de que el conciliador se reúna sólo con una de las partes o la obligación incondicional de revelar a una parte toda la información recibida de la otra. Se considera, por tanto, de importancia crucial la flexibilidad que permiten los procedimientos

---

<sup>13</sup> REDONDO TRIGO, F.(2007), La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo de 1.9.2006, *RCDI*, noviembre-diciembre, p. 27766ss en ROGEL VIDE, C., *Arbitradores, Peritos y Árbitros Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid, 2013, pp. 72-73

<sup>14</sup> *Vid.* Artículo 1447 del Código Civil Español,

<sup>15</sup> DIEZ PICAZO, L. (1957), *El arbitrio de tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, p. 170.

<sup>16</sup> *Vid.* Sentencia de 29 de noviembre de 2010 del Tribunal Supremo Español

<sup>17</sup> *Vid.* Art 2.II de la Ley Española sobre Régimen Jurídico de los Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953

de conciliación y la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes.

Es dable aclarar que el tercero conciliador, salvo acuerdo en contrario de las partes<sup>18</sup>, no es árbitro, ni asesor o representante de una parte cuando participe en un procedimiento conciliatorio, ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos, aunque sí podrán disponer la prestación de asistencia administrativa por una institución o persona idónea. Esta decisión es supletoria y fortalece la confianza hacia el conciliador, con la finalidad de facilitar el desarrollo del procedimiento conciliatorio, la exégesis del acuerdo se realizará de buena fe, generando un cambio en la situación de controversia, con resultado vinculante y susceptible de ejecución.

El éxito de la conciliación es un acuerdo de transacción que pone fin al procedimiento previa consulta con las partes<sup>19</sup>, sin embargo puede resultar lo contrario, el abandono una vez comenzado éste, siempre que estuviera implícito en la conducta de las partes, por ejemplo, en una opinión negativa de una de las partes sobre las perspectivas de conciliación, o en el hecho de que una de las partes se negara a consultar o reunirse con el conciliador cuando se la invitaba a hacerlo, en estos casos queda expedita la vía judicial.

Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución, este encuadre preliminar del tema permite llegar a la vía ejecutoria sumaria, se reconoce en algunos ordenamientos en el supuesto en que las partes y sus asesores letrados firmen un arreglo de transacción que contenga una declaración, también cuando un arreglo haya sido certificado por notario o refrendado por un juez.

---

<sup>18</sup> (A/CN.9/514, párrafo 71).Víd. Observaciones sobre el artículo 12 de la Ley Modelo sobre Conciliación

<sup>19</sup> (A/CN.9/514, párrafo 69)

## **2. La construcción de acuerdos, como innovación social. Una mirada al Derecho Comparado**

En el Derecho Comparado podemos encontrar diversos ejemplos, así citaremos en la legislación de Bermudas se dispone, que si las partes en un acuerdo de arbitraje que prevea el nombramiento de un conciliador resuelven sus diferencias y firman un acuerdo en que se detallan las condiciones del arreglo, el acuerdo de transacción será tratado, a efectos de su ejecución, como un laudo en un acuerdo de arbitraje y, con el consentimiento del tribunal o de un juez del tribunal, podrá ejecutarse del mismo modo que un fallo o un mandamiento al mismo efecto y, si se autoriza expresamente, se podrá dictar un fallo en los términos del acuerdo<sup>20</sup>.

En la India todo acuerdo de transacción que hayan firmado las partes es definitivo y vinculante para éstas y para las personas cuyos derechos estén supeditados a los de aquéllas, y tendrá la misma validez y el mismo efecto que un laudo arbitral<sup>21</sup>.

En Alemania, la solución amistosa de litigios en el procedimiento civil y mercantil, el Código de procedimiento Civil, establece que el juez puede remitir a las partes a un juez de calidad, el cual puede utilizar métodos alternativos de solución de conflictos, como la mediación, conciliación y el arbitraje y con la aprobación de las partes puede acudir a conversaciones individuales; las negociaciones se realizan en presencia de los abogados de las partes y su objetivo es finalizar el litigio<sup>22</sup>.

No obstante, en algunos ordenamientos la ejecutoriedad de un acuerdo de transacción concertado durante el procedimiento conciliatorio dependerá de que el acuerdo se haya concertado en el marco de un arbitraje o de un acuerdo de arbitraje. Por ejemplo, en la Región Administrativa Especial de Hong Kong

---

<sup>20</sup> Bermudas, Arbitration Act, 1986.

<sup>21</sup> India, Arbitration and Conciliation Ordinance, 1996, artículos 73 y 74

<sup>22</sup> Vid. Art. 278, p.5 ZPO

(China), cuando un procedimiento de conciliación prospera y las partes celebran un acuerdo de transacción por escrito (antes o durante un procedimiento de arbitraje), el Tribunal de Primera Instancia podrá ejecutar ese acuerdo como si fuera un laudo, siempre y cuando haya sido concertado por las partes en un acuerdo de arbitraje<sup>23</sup>.

En Cuba se avanza en el reconocimiento jurídico de normas jurídicas sobre las prácticas restaurativas de solución de controversias<sup>24</sup>, la Constitución<sup>25</sup>, recién aprobada, apunta a ello, precedida por principios reconocidos que se identifican por la participación voluntaria, responsabilidad propia, imparcialidad o neutralidad, flexibilidad, información y confidencialidad, que se inscriben para diseñar respuestas delimitadas ante las necesidades personales, con intervención colaborativa.

El Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, establece que el Acuerdo o Acuerdos de Mediación tendrán carácter definitivo y fuerza vinculante para las partes, las cuales se obligan a su cumplimiento en los términos acordados. En caso de su incumplimiento, su ejecución forzosa puede ser solicitada por la parte que se considere con derecho a ello, ante los tribunales ordinarios competentes, de conformidad con lo establecido en la Ley<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> En la sección 2C de la Arbitration Ordinance (Cap. 341, enmendada con efecto a partir del 27 de junio de 1997) se dispone: Si las partes en un procedimiento de arbitraje logran dirimir su controversia y concertar un acuerdo por escrito que contenga los términos del arreglo ("el acuerdo de transacción"), ese acuerdo de transacción, a los efectos de su ejecutoriedad, será tratado como un laudo en un acuerdo de arbitraje y, con el consentimiento del tribunal o de uno de sus magistrados, podrá ser ejecutado de la misma forma que un fallo o un mandamiento a ese efecto y, si se autoriza expresamente, se dictará un fallo en los términos del acuerdo.

<sup>24</sup> Resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 57 Extraordinaria del 3 de Octubre de 2018. Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, de fecha 16 de abril del 2018.

<sup>25</sup> Artículo 93 de la Constitución de la República del 10 de abril del 2019.

<sup>26</sup> *Vid* artículo 37 de la Resolución 9 de fecha 16 de abril del 2018, publicada en la gaceta Extraordinaria de la República de Cuba N° 57, 2018.

Cuando los acuerdos finales concretados en proceso de mediación internacional hayan de ejecutarse en otro Estado, resulta necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en los Convenios internacionales ratificados por el Estado cubano en la materia objeto de la mediación cuando ello resulte procedente o aplicable, y de conformidad con lo que al respecto se establezca en el foro de ejecución. 2. La resolución judicial extranjera contentiva de los acuerdos finales concretados en proceso de mediación internacional no podrá ser reconocida y ejecutada en territorio cubano, cuando resulte manifiestamente contraria al orden público de la República de Cuba<sup>27</sup>.

Resulta interesante advertir que la conciliación preprocesal también reconocida en la legislación patria, permite que juez el actúe como conciliador, es imparcial, constituye otro mecanismo de acercamiento complementario para la solución de conflictos.

La sociedad del conocimiento hace necesaria una aproximación más flexible y holística a los problemas, desde la conciliación ante nuevas demandas, acercando a las partes en la solución de controversias, bajo las garantías de voluntariedad, igualdad, transparencia y confidencialidad como solución amigable ante los incumplimientos de obligaciones contractuales.

## Epílogo

Las nuevas realidades apuntan hacia la utilización de la conciliación como método alternativo de solución de conflictos, el conciliador como tercero imparcial, gestiona la búsqueda de soluciones satisfactorias a la controversia en cuestión, a través de los intereses subyacentes que justifican la participación de las partes, en este sentido la adopción de acuerdos constituye una innovación social, toda vez que contribuye a actualizar, proyectar o reformular las cláusulas del contrato en ejecución, desde una cultura de paz.

---

<sup>27</sup> *Vid.* Artículo 18 de la Resolución 9 de fecha 16 de abril del 2018, publicada en la gaceta Extraordinaria de la República de Cuba N° 57, 2018



## Bibliografía

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., Merino Ortíz, C., Fernández Villanueva, I., Ruíz García, Ma José .(2015), "La Intervención en conflictos mediante procesos adaptativos: valores de la mediación e intuicionismo ético" *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid, 2015
- DIEZ-PICAZO, L.(1957), *El arbitrio de tercero en los negocios jurídicos.*, Bosch, Barcelona.
- FAJARDO MATOS, P Y SMITH FRRHILL S, H, (2015).¿Para qué sirve un abogado?. El papel del abogado de Empresa en el siglo XXI, en *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*. Edit. REUS, S.A, Madrid
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.(2004), *Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana.
- KNIGHT SOTO I, DELGADO KNIGHT M.I, Y FOURNIER DUHARTE, N. (2019), *La protección jurídica de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano* ". *Realidad y deseo*, Congreso de Abogacía 2019 ISBN 978-959-7261-04-9, La Habana, 2019
- LARROUMET, CH.(2006) "La unificación del derecho de las obligaciones en Europa", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, n.º 13-14, París, Universidad Pantheon-Assas (París II), 69-80, recuperado en:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.pdf>
- ORTUÑO, P.(2013), Apuntes críticos sobre la Ley 5/12, de 6 de julio, de mediación Civil y Mercantil, en *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid.
- REDONDO TRIGO, F.(2007), La impugnación de la determinación del precio por un tercero en los contratos de compraventa de acciones y la sentencia del Tribunal Supremo de 1.9.2006, *RCDI*, noviembre-diciembre, p. 27766ss en ROGEL VIDE, C., Arbitradores, Peritos y Árbitros *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid, 2013.
- SOLETO MUÑOZ, H, RUÍZ LÓPEZ C., "Elementos esenciales del Derecho Colaborativo", en *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, vol. núm. 3. Ed. Reus, S. A., 2016 ISSN: 2340-968

TOHARIA CORTES, J.J.(2006), “Las profesiones Jurídicas, una Aproximación Sociológica”, en Díez Picazo L.M., (Coordinador), *El oficio del Jurista, Siglo XXI*, Madrid.

ZENNER, A., LEBEAU, J.P. (2010), *La Loi Relative a la continuité des entreprises a l'épreuve de sa premiere pratique*, monografía publicada como nº 6 de Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruselas.

### ***Legislación***

Constitución de la República de Cuba, de fecha 10 de abril de 1959, Editora política ISBN 978-959-01-1065-8, La Habana, 2019

Decreto-Ley Nº 304/2012 “De la Contratación Económica” del Consejo de Estado de fecha 1 de noviembre del 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria en fecha 27 de diciembre del 2012

Decreto Nº 310/2012 “De los Tipos de Contratos”, del Consejo de Ministros de fecha 17 de noviembre del 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria en fecha 27 de diciembre del 2012

Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada mediante Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1) 57/18.

Reglamento de Conciliación, recomendado por la Asamblea General en su Resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit, Roma, disponible: [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>].

Resolución 9 de fecha 16 de abril del 2018, publicada en la Gaceta Extraordinaria de la República de Cuba Nº 57, 2018

A/CN.9/514, párrafo 69

### ***Jurisprudencia***

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de lo Civil, 2 de marzo de 2011. El deber de secreto que alcanza el mediador y las partes se refiere “a las informaciones confidenciales”, pero no al acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias (...), ” *Revista Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, nº 3 ed. REUS. S.A, Madrid, 2015



# La acción de secuestro prendario en el marco de relaciones de consumo<sup>1</sup>

*The action of kidnapping within the framework of consumer relations*

*A ação de seqüestro de penhor no âmbito de relações de consumo*

*L'action d'enlèvement en raison d'une gage, dans le cadre des relations avec des consommateurs*

*在消费者关系框架内扣押质押的行动*

*Ezequiel Rodrigo Galván<sup>2</sup> y Gustavo Daniel Lueiro Campos<sup>3</sup>*  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e361>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>

Recibido: 01/01/2020

Aprobado: 03/03/2020

**Resumen:** Se analiza la procedencia de la acción de secuestro (art. 39 Ley 12.962) en el marco de relaciones de consumo y la compatibilidad de su carácter inaudita parte (sin derecho de defensa del consumidor ejecutado) con el régimen constitucional y de orden público protectorio de usuarios y consumidores, recuperando los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como directrices interpretativas.

<sup>1</sup> Ponencia presentada en "XXX Jornadas Académicas de la Comisión de la Abogacía Joven del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires", 18 y 19 de octubre de 2019, Colegio de Abogados de San Isidro.

<sup>2</sup> Abogado.

<sup>3</sup> Abogado (UNLP). Maestrando en Derecho Empresario (UA). Mail [lueirocampos@gmail.com](mailto:lueirocampos@gmail.com)

**Palabras clave:** secuestro; derecho del consumidor

**Abstract:** The origin of the action of kidnapping (art. 39 Law 12962) in the framework of consumer relations and the compatibility of its inaudita parte character (without the right of defense of the executed consumer) with the constitutional and public order regime protecting users and consumers is analyzed, recovering the standards established in the jurisprudence of the Supreme Court of the Province of Buenos Aires and the Supreme Court of Justice of the Nation as interpretative guidelines.

**Keywords:** kidnapping; consumer rights

**Resumo:** É analisado a origem da ação de seqüestro (art. 39 da Lei 12.962) no contexto das relações de consumo e da compatibilidade de seu caráter de inédita parte (sem direito de defesa do consumidor executado) com o regime constitucional e de ordem pública protetor de usuários e consumidores, recuperando os padrões estabelecidos na jurisprudência do Supremo Tribunal da Província de Buenos Aires e do Supremo Tribunal de Justiça da Nação como diretrizes interpretativas.

**Palavras-chave:** seqüestro; direito do consumidor.

**Résumé:** On analyse la provenance de l'action de l'article 39 de la loi 12.962 dans le cadre des relations de consommation, et la compatibilité de ses caractéristiques -comme absence de droit de défense pour le consommateur- avec le régime constitutionnel et de protection de l'ordre public des utilisateurs et consommateurs; en recouvrant les principes établis dans la jurisprudence de la Cour suprême de Buenos Aires et de la Cour suprême de justice de la nation comme des lignes d'interprétation.

**Mots-clés:** enlèvement; droit de la consommation

**摘要:** 分析了绑架行为的根源(第12.962号法律第39条), 涉及了消费者关系, 以及其闻所未闻的部分(未执行消费者的辩护权)与宪法和公共秩序保护制度的相容性。用户和消费者, 恢复了布宜诺斯艾利斯省最高法院和国家最高法院判例中确立的标准, 作为解释性指南。

**关键词:** 绑架, 消费者法

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar la procedencia de la acción de secuestro prendario establecida en el artículo 39 de la Ley 12.962 en el marco de relaciones de consumo, la interacción entre las formas procesales y la plena vigencia del orden público protectorio de los consumidores, así como las respuestas jurisdiccionales existentes en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. En este aspecto, la legislación especial de prenda con Registro (Ley 12.962) reconoce a determinados acreedores acceso a una acción inaudita parte tendiente a desapoderar al deudor del bien prendado, sin bilateralidad y con una venta extrajudicial, lo cual se presenta prima facie como incompatible con las disposiciones del régimen protectorio (constitucional y de orden público) de usuarios y consumidores.

Ante esta contradicción, se reconstruyen los estándares desarrollados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los procesos de cobro en el marco de relaciones de consumo y la articulación del derecho privado ante el estatuto del consumidor, así como la jurisprudencia de las Cámaras departamentales, a efectos de poder entender los términos en los cuales se debe abordar estos procesos en el marco de relaciones de consumo.

## II. Análisis

El régimen de la prenda con registro, regulado por la Ley 12.962 (ratificado con la sanción del Código Civil y Comercial) introduce la acción de secuestro (art. 39) que concede a las entidades financieras el acceso una vía de cobro calificada por el desapoderamiento del bien en el marco de un proceso inaudita parte, con una asimilación de dichas entidades (privadas) al propio Estado. Con un diseño que privilegia el carácter expeditivo el cobro (sancionado durante la interrupción del estado democrático y constitucional Decreto-Ley N° 15.348/46), este proceso de ejecución especial coexiste desde la última reforma

constitución (1994) con el reconocimiento constitucional del derecho de los usuarios y consumidores, en el marco de la relación de consumo, a la protección de su seguridad, la protección de sus intereses económicos, y a condiciones de trato digno y equitativo, estableciendo la obligación de las autoridades tutelar su vigencia, así como de la restante legislación protectoria dictada por el Congreso de la Nación, cuyo rasgo distintivo es su carácter de orden público (arts. 3 y 65 Ley 24.240).

En este aspecto, la existencia de un proceso que permite al proveedor ejecutar su crédito inaudita parte, privando al consumidor del bien prendado sin derecho de defensa (relegándolo a una etapa posterior), y con un desapoderamiento intempestivo (el consumidor toma conocimiento en el acto de desapoderamiento) se presenta como contradictorio a las disposiciones del régimen protectorio derivado del artículo 42 de la Constitución Nacional. Sin embargo, ante esta contradicción parte de la doctrina y jurisprudencia ha sostenido el carácter inaplicable de las disposiciones de la Ley 24.240 a la acción de secuestro (ej. Cámara Civil y Comercial La Matanza Sala I c.5040/1 “Rombo Compañía Financiera S.A. c/ Ruiz Fuentes Juana s/ acción de secuestro (art.39 ley 12962)”, sent. 13-III-2018) invocando el carácter de legislación especial y particular naturaleza de la acción (no jurisdiccional), en una interpretación que establece la primacía de la ley especial por sobre el orden público y constitucional, interpretación que cede progresivamente ante una más receptiva del mandato constitucional.

Como cuestión preliminar, se destaca que la existencia de una acción inaudita parte como la presente no excluye que las partes se encuentren vinculadas por una relación de consumo, la cual lleva incita la vigencia del orden protectorio por imperativo constitucional (Hernández & Picasso, 2009). Así mismo, este régimen tiene su fundamento en la asimetría que existe entre las partes en el marco de las relaciones de consumo (Rusconi, 2015), así como en un interés activo del Estado la vigencia el orden público protectorio en cuestión (ej. intervención



obligatoria del Ministerio Público como fiscal de ley: art. 52 Ley 24.240 y art. 27 Ley 13.133).

Se destaca en este sentido el fallo “Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ cobro ejecutivo” (S.C.B.A. C.109.305, sent. 01-IX-2010), que introduce como doctrina legal el carácter imperativo del artículo 36 “in fine” de la Ley 24.240 en los procesos ejecutivos promovidos en el marco de una relación de consumo. En este aspecto, la Suprema Corte establece como estándar la procedencia de un conocimiento causal (limitado) que marca un quiebre con uno de los paradigmas del derecho comercial, la “abstracción del título”, en pos de la vigencia del orden público protectorio de los usuarios y consumidores.

Expresa la Suprema Corte (doctrina legal) “2. (...) Entiendo que frente a este tipo de dilema, debe imperar un criterio hermenéutico que permita arribar a la solución que proteja del modo más eficiente posible la finalidad tuitiva de grupos tradicionalmente postergados y particularmente vulnerables (...) la ley 24.240 consiste en la debida tutela del consumidor o el usuario, que a modo de “purificador legal” integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (...) Es por ello que, en lo que respecta al sub judice, debe intentarse una congruencia entre el sistema de protección establecido en la ley de defensa del consumidor y las disposiciones adjetivas que impiden en el ámbito de los procesos de ejecución la discusión de aspectos causales de la obligación. (...) considero que si bien impera en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo, las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución, que impiden debatir aspectos ajenos al título (conf. art. 542, C.P.C.C.), es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios (arts. 1, 2, 36 y 37, ley 24.240). (...)”.

Como se observa, la Suprema Corte establece como principio el respeto del orden público protectorio de usuarios y consumidores a partir de la integración de las reglas procesales y sustantivas de los procesos de cobro (ej. indagación causal con limitación probatoria), el cual, se proyecta en la restante jurisprudencia. De igual modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recepta este criterio posteriormente (“Compañía Financiera Argentina S.A. c. Monzón, Mariela Claudia s/ ejecutivo” sent. 10-XII-2013), calificado por su carácter de interprete último y auténtico del texto constitucional.

El estándar establecido en esta jurisprudencia fundante es recuperado en el marco de las acciones de secuestro bajo análisis, con una remisión expresa a lo expresado en el marco de procesos ejecutivos: *“Este Tribunal resolvió, en el citado precedente “Cuevas”, que los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240 (...) ante conflictos vinculados a operatorias de financiaciones destinadas al consumo las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el ordenamiento ritual deben ceder frente a la normativa sustancial, en tanto no se ajusten a lo dispuesto por el citado artículo 36; resultando, por lo demás, “irrenunciables” los derechos de los consumidores en la medida en que el rango tuitivo que dimana de dicho contexto normativo tiene correlato en el texto del artículo 42 de la Constitución Nacional y de nada valdría protegerlos mediante una previsión microsistémica expresa si se pudiera admitir pacto o convenciones de cualquier rango que los distorsionaran”* (S.C.B.A. C.120.068 “Fiat Crédito Financiera S.A. c/ Pilarczik, Mauricio Bruno s/ acción de secuestro” sent. 28-IX-2016).

Ante esta circunstancia, si bien los tribunales inferiores receptaron el carácter imperativo de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de competencia, en la práctica no existió

igual recepción de las defensas que se fundaban en la insuficiencia del título según la normativa protectorio de usuarios y consumidores (ej. Cámara Civil y Comercial de Junín “Naldo Lombardi S.A. c/ Caporale, Sergio Daniel s/ cobro ejecutivo” sent. 29-X-2013), estableciendo (de facto) la existencia del orden público (imperativo) del artículo 36 in fine de la Ley 24.240 y el restante orden público protectorio sin vigencia en el marco de los mismos procesos ejecutorios. Cabe destacar que la Ley 24.240 y la restante normativa que integra el estatuto del consumidor (ej. Ley 25.065) es de orden público y sin jerarquías internas, resultando plenamente aplicable el estándar establecido por la Suprema Corte en “Cuevas” (cit.) en los aspectos sustanciales del conflicto, criterio receptado por distintas Cámaras departamentales (ej. Cámara Civil y Comercial de Azul Plenario «HSBC Bank Argentina c/ Pardo Cristian Daniel s/ Cobro Ejecutivo» sent. 09-III-2017; Cámara Civil y Comercial de Quilmes Sala I “Banco Santander S.A. c/ Bustamante Emmanuel s/ cobro ejecutivo”, entre otros).

Siendo que la aplicación de la normativa protectoria de los usuarios y consumidores como defensa sustantiva era materia controvertida, se presenta como quiebre (además de la decisión por su publicidad) respecto de la procedencia de acciones de secuestro en el marco de relaciones de consumo la sentencia dictada en la causa “Fiat Crédito Cia Financiera S.A. c/ De Natale Cesar Leandro s/ acción de secuestro (art. 39 ley 12962)” (Cámara Civil y Comercial de Junín sent. 02-II-2017), que rechaza la acción y establece que *“Tal posibilidad conferida al proveedor, resulta lesiva del trato digno y equitativo al consumidor o usuario en la relación de consumo, previsto en los artículos 8 bis de la ley 24240 y 42 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, por medio de una interpretación armonizante de las normas bajo examen, se llega a la inaplicabilidad del procedimiento previsto en el artículo 39 del decreto-ley 15348, a las relaciones de consumo”* (con disidencia minoritaria).

Desde este precedente, encontramos que esta interpretación se replica en otras Cámaras departamentales, así como en los dictámenes del Ministerio Público Nacional (Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata Sala III “Rancitelli Maximiliano Gabriel c/ Industrial And Commercial Bank Of China (Argentina) S.A. s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)” sent. 31-X-2017, voto Jueza Zampini), recuperándose la centralidad derecho de defensa de los usuarios y consumidores en el marco de la relación de consumo: “(...) *adelanto mi criterio en cuanto a que considero que el trámite normado por el art. 39 no puede ser aplicado a las relaciones de consumo en tanto impide el ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio del consumidor, parte débil en el contrato principal, al cual accede la prenda como garantía de cumplimiento. La solución propuesta encuentra su respaldo legal en el art. 42 CN y lo dispuesto por el art. 1094 CCCN el cual dispone que en caso de duda sobre la interpretación del CCCN o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.*” (Cámara Civil y Comercial de Azul Sala I “Banco Santander Rio S.A. c/ Ver Florencia Paola s/ acción de secuestro” sent. 30-IV-2019), y “*por medio de una interpretación armonizante de las normas bajo examen, se llega a la inaplicabilidad, por su incompatibilidad con el artículo 42 de la Constitución Nacional, del procedimiento previsto en el artículo 39 del decreto-ley 15.348 ratificado por la ley 12.962, a las relaciones de consumo.*” (Cámara Civil y Comercial de Quilmes Sala I “Banco Interfinanzas S.A. c/ Acevedo Carlos Alberto y otra s/Acción de secuestro (art.39 ley 12.962)”, sent. 27-VIII-2019).

Este reconocimiento progresivo de las Cámaras del carácter imperativo de la totalidad del orden público protectorio dentro de los procesos de cobro (bajo los estándares establecidos en “Cuevas” cit.) se confirma por la Suprema Corte al manifestarse a favor de la integración del título que no abastece los requisitos sustantivos del artículo 36 de la Ley 24.240 (S.C.B.A. “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester. Cobro ejecutivo”, sent. 14-VIII-2019), destacándose el apartamiento de su doctrina que establece la improcedencia del recurso

extraordinario por no ser sentencia definitiva, equiparable o de imposible reparación ulterior (ante la posibilidad de un proceso de conocimiento posterior) e ingresa a resolver el fondo del recurso interpuesto por el Ministerio Público.

Como primer aspecto, si bien el objeto del recurso comprendía si el incumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la Ley 24.240 implicaba la improcedencia de la vía intentada o su intimación a integrar el título (principio de congruencia), la Suprema Corte reconoce la procedencia de este conocimiento causal limitado en el marco procesos de cobro ejecutivo a todo el orden público protectorio al convalidar la intimación a integrar el título (como preparación de la vía), resolviendo el fondo cuando correspondía el rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto.

Así mismo, la decisión de la Suprema Corte recupera el estándar establecido en “Cuevas” (conocimiento limitado), estableciendo que constatada la relación de consumo se impone el cumplimiento del artículo 36 de la Ley 24.240, o demás normativa protectoria (ej. Ley 25.065, arts. 1380, 1381, 1388 y 1389 C.C.C.N.) por sobre las disposiciones sustantivas de los títulos valores, bajo un análisis que se circunscribe al contenido del propio título y la documental que integre el título (ej. contrato de préstamo). Se destaca que la Suprema Corte recupera la jurisprudencia de las distintas Cámaras departamentales con sus diferentes criterios y respecto de aquellas interpretaciones que sostienen la autonomía y completitud del título, expresa que *“IV.4.a. (...) el criterio tradicional sobre los títulos de crédito en general y en las notas de abstracción, autonomía y completitud que caracterizan al pagaré (...) considera que en casos como el de autos el juez no tiene un mayor grado de injerencia que el previsto para cualquier cobro ejecutivo de esta clase de papeles de comercio. Se privilegia la idea de favorecer la cobrabilidad expeditiva de las obligaciones consignadas en estos papeles de comercio, como su circulación. Objetivamente, esta comprensión del asunto desconoce la aplicabilidad de la LDC.”*

Continúa el máximo tribunal provincial reconociendo la necesidad de una doctrina legal que brinde seguridad jurídica, y *“IV.5.a Vigorizado en función de su consagración legal y constitucional, el derecho del consumo ha venido a transformar diversos aspectos de las relaciones jurídicas, en particular las regidas por el derecho privado, dando lugar a adecuaciones y reacomodamientos de normas e institutos (...) IV.5.d. En ese plano de congruencia sistemática es claro que la aplicabilidad de la LDC flexibiliza el andamiaje por el que discurre la pretensión ejecutiva, con respeto de los principios de bilateralidad y defensa en juicio (arts. 18, Const. nac.; 15, Const. prov.; 34 inc. 5 apdo. “c” y 36 inc. 2 y concs., CPCC). (...) Si el título en cuestión, integrado de tal modo o bien autónomamente, satisface las exigencias legales prescriptas en el estatuto del consumidor, podrá dar curso a la ejecución. Ello, claro está, sin desmedro del derecho del ejecutado de articular defensas, incluso centradas en el mencionado art. 36, tendientes a neutralizar la procedencia de la acción.”*, así como establece la procedencia de la acción original con las adecuaciones necesarias para resultar compatible con el estatuto del consumidor.

Se recupera este pronunciamiento de la Suprema Corte debido a que establecen estándares que resultan aplicables a la acción de secuestro, principalmente la necesidad de adecuación y reordenamiento de las normas e institutos (ley 12.962) bajo el derecho protectorio de usuarios y consumidores, así como la procedencia de este derecho de orden público como defensa (aun cuando no se contemple procesalmente). En este aspecto, siendo que una acción que desapodera al consumidor sin derecho de defensa se presenta incompatible con el artículo 42 de la Constitución Nacional y normativa derivada (jurisprudencia citada), la adecuación implica introducir una instancia de defensa del ejecutado en la acción de secuestro y no *“de manera tardía y probablemente ilusoria en el juicio ordinario posterior”* (S.C.B.A. “Asociación Mutual Asís” cit.).

Así también se destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció recientemente en el marco de una causa de acción de secuestro o “secuestro prendario” (“HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario” sent. 11-VI-2019) haciendo lugar a la queja planteada por el Ministerio Público, ordenando a la Cámara Nacional Comercial que resuelva los planteos sustantivos respecto de la improcedencia de un proceso inaudita parte en el marco de relaciones de consumo. En este aspecto, si bien la sentencia no resuelve la cuestión de fondo, se aparta de su doctrina que establece la improcedencia del remedio federal contra una resolución que no representa una sentencia definitiva o equiparable (voto en disidencia Dr. Rosenkrantz y Dra. Highton de Nolasco) entendiendo que *“En efecto, privar al deudor -en la relación de consumo- de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional.”* (con remisión a este fallo en quejas posteriores).

Como se puede observar, en los últimos años las instancias de superiores de excepción (Suprema Corte y Corte Suprema) de modo progresivo han desarrollado interpretaciones del derecho privado que sostienen la vigencia y el carácter imperativo del régimen protectorio de usuarios y consumidores, cuya aplicación en todo proceso (independientemente de las formas procesales) se presenta actualmente como indiscutible (ej. incluso en un proceso inaudita parte actúa el Ministerio Público como fiscal de ley). Así mismo, las posiciones que sostienen la ajenidad de la acción de secuestro a esta normativa y sus consecuencias, actualmente pierden sustento ante el reconocimiento de su carácter jurisdiccional (S.C.B.A. “Fiat Crédito Financiera S.A.” cit.), reafirmado por su tratamiento respecto de la decisión jurisdiccional mediante recurso extraordinario (C.S.J.N. “HSBC Bank Argentina S.A.” cit.), así como por el reconocimiento del carácter transversal del contenido del artículo 42 de la Constitución Nacional y normativa derivada.

Ante esta circunstancia, una cuestión posterior a reconocer la adecuación de la acción de secuestro al estatuto del consumidor está dada por los términos de esa integración y adecuación normativa, especialmente cuando el estándar de la Corte (“Asociación Mutual Asís” cit.) establece que procede modo restringido al respeto del orden público comprometido (incorporar el derecho de defensa en este caso). De este modo, del rechazo de la acción (Fiat Crédito c/ De Natale” cit.), encontramos actualmente una reconducción del proceso a una ejecución prendaria (“Banco Santander c/ Ver Florencia Paola”; “Banco Interfinanzas S.A.” cit.), que se presenta como una posible interpretación receptiva del estándar de la Suprema Corte en tanto es un proceso de ejecución bilateral (derecho de defensa) con limitaciones de conocimiento y defensa que ceden solo ante la indagación causal de la relación de consumo y cumplimiento de los requisitos sustantivos que el orden público protectorio de usuarios y consumidores impone (art. 36 Ley 24.240 y demás normativa aplicable).

### **III. Conclusión**

A modo de conclusión, el reconocimiento constitucional y legal (como orden público protectorio) del derecho de usuarios y consumidores se presenta en muchos aspectos como contradictorio a los principios que rigen el derecho comercial y cambiario (celeridad en el cobro, autonomía de la voluntad, limitación del derecho de defensa y bilateralidad, abstracción de la causa, etc.), ante lo cual se impone la necesidad de integración y adecuación de las normas e institutos del derecho privado a las disposiciones de este régimen protectorio. Así mismo, se destaca el accionar e interpretación de las instancias superiores (Suprema Corte y Corte Suprema) que progresivamente reafirma la plena vigencia del derecho de los usuarios y consumidores en el marco de todo proceso jurisdiccional, aun cuando formalmente no permitan una indagación causal, generando estándares que brindan seguridad jurídica a las



partes comprometidas y permiten generar uniformidad en las instancias inferiores.

En este aspecto, el reconocimiento de una acción de cobro inaudita parte (art. 39 Ley 12.962) se presenta como incompatible del derecho de defensa de usuarios y consumidores, correspondiendo adecuar la normativa a un proceso que permita una instancia de defensa del ejecutado, especialmente la derivada de las normas sustantivas del estatuto del consumidor (ej. art. 36 Ley 24.240). Siendo el estándar actual de la Suprema Corte una adecuación limitada a los aspectos incompatibles y la subsistencia de la acción, la reconducción de la acción como una ejecución prendaria se presenta como una solución en apariencia compatible: derecho de defensa en el marco de un proceso de ejecución sumaria.

## **Bibliografía**

- Hernández, C. A. & Picasso, S. (2009) “La conexidad entre las relaciones de consumo” en “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada” Tomo II, editorial La Ley, pp. 498-499.
- Rusconi, D. (2015) “Fuentes Legales de la Protección del Consumidor” en “Manual de Derecho del Consumidor”, editorial AbeledoPerrot, pp. 72-76.



## Expertos e ignorantes: malas razones para el elitismo penal

*Experts and Ignoramuses: Bad Reasons for Penal Elitism*

*Especialistas e ignorantes: más razones para o elitismo penal*

*Des experts et des ignorants: mauvaises raisons pour l'élitisme criminel*

专家和昧: 犯罪精英的不良理由

Emiliano Vitaliani<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e362>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1581-5459>

Recibido: 17/12/2019

Aprobado: 01/03/2020

**Resumen:** nuestra Constitución consagra en su art. 39 el derecho a presentar iniciativas ciudadanas de ley. Sin embargo, estas iniciativas no pueden versar sobre algunas materias vedadas entre las que se encuentra el derecho penal. Esta restricción es tributaria de una concepción elitista del derecho penal según la cual él es especialmente complejo y las mayorías son especialmente irracionales cuando lo tratan, por lo que debería estar alejado de las pasiones populares. Este trabajo se propone mostrar que el argumento de la complejidad no es suficiente para afirmar que el derecho penal deba estar distanciado de la participación ciudadana. Para ello, se argumentará en primer lugar que no hay preguntas especialmente complejas en el derecho penal, sino que se trata

---

<sup>1</sup> CV

en esencia de reprochar algunas conductas a nuestros conciudadanos de alguna forma específica. En tanto reprochamos conductas que nos parecen socialmente condenables, parecería ser que la sociedad tiene algo especialmente relevante para decir en el asunto.

**Palabras clave:** populismo penal– elitismo penal – democracia

**Abstract:** our Constitution enshrines the right to citizens' initiative. However, there are certain restrictions to this right. Some topics, including criminal law, are not allowed to be object of an initiative. This restriction derives from penal elitism, a theory that claims that penal law is too complex to be treated by ordinary citizens, who have a tendency to be irrational when it comes to discuss criminal policy. So, citizens should be far from decision making on criminal law. This paper aims to show that these arguments are not enough to support the elitist position. First, criminal law is not as complex as elitists think. Actually, its main questions are quite simple ones, since penal law is essentially about blaming our fellow citizens for some misbehavior. As we condemn those acts that we think are socially reproachable, it seems that citizens should have a special say on the matter.

**Key words:** penal populism – penal elitism - democracy

**Resumo:** Nossa Constituição consagra em seu art. 39 o direito de apresentar iniciativas cidadãos de lei. No entanto, essas iniciativas não podem ser sobre alguns assuntos proibidos entre os quais encontra-se o direito penal. Essa restrição é tributária de uma concepção elitista do direito penal de acordo com a qual ele é especialmente complexo e as maiorias são especialmente irracional quando o trata, por isso deve estar longe das paixões populares. Este trabalho visa mostrar que o argumento da complexidade não basta afirmar que o direito penal deve estar distanciado da participação do cidadão. Para fazer isso, vai argumentar em primeiro lugar que não há questões particularmente complexas no direito penal, senão que se trata essencialmente de reprovar alguns comportamentos de nossos cidadãos de alguma maneira específica. Embora reprochamos comportamentos que nos parecem socialmente condenáveis, parece que a sociedade tem algo especialmente relevante para dizer sobre o assunto.

**Palavras-chave:** populismo penal - elitismo penal – democracia.

**Résumé:** Notre Constitution consacre dans son article 39 le droit de présenter des initiatives citoyennes des lois. Cependant, ces initiatives ne peuvent pas verser sur certaines questions interdites, parmi lesquelles il y a le droit pénal. Cette restriction est la conséquence d'une conception élitiste du droit pénal selon laquelle il est particulièrement complexe, et las majorités sont irrationnelles pour le traiter; pour cela il devrait être loin des passions populaires. Ce travail vise à montrer que l'argument de la complexité ne suffit pas à affirmer que le droit pénal doit être éloigné de la participation citoyenne. Pour cela, on soutiendra en premier lieu qu'il n'y a pas de questions particulièrement complexes dans le droit pénal, au contraire, il s'agit essentiellement de reprocher certains comportements d'une manière spécifique. Alors que nous reprochons des comportements qui nous semblent socialement condamnables, il est à prévoir que la société ait quelque chose pertinent à dire en la matière.

**Mots-clés:** populisme criminel - élitisme criminel - démocratie

**摘要:** 我们的宪法体现了其艺术精神。39提出公民法律倡议的权利。但是, 这些举措无法处理某些违禁事项, 其中包括刑法。该限制是精英主义刑法概念的一个附属概念, 根据该概念它特别复杂, 而大多数人在对待它时尤其不理性, 因此应该远离大众的热情。仅仅肯定刑法必须与公民参与相距甚远是不够的。为此, 首先要论证的是, 刑法中没有特别复杂的问题, 但本质上是关于以某种特定方式向我们的同胞提出某些行为。当我们谴责那些在社会上应受我们谴责的行为时, 社会似乎对此事特别有话要说。

**关键词:** 犯罪民粹主义, 犯罪精英主义, 民主

---

## I. Introducción

Un espectro se cierne sobre el derecho penal: el espectro del populismo penal. Contra este espectro se han conjurado muchos de los mejores teóricos de nuestra disciplina y también nuestra Constitución. El populismo penal hizo su aparición a fines del siglo pasado y desde entonces este fenómeno no perdió centralidad. Si bien delimitaré sus contornos con mayor precisión más adelante, podemos muy sucintamente decir que se caracteriza por contener un conjunto de demandas punitivistas

y por originarse en reclamos que la ciudadanía realiza a sus representantes. Estos reclamos pueden canalizarse tanto a través del sistema representativo como mediante iniciativas ciudadanas de referéndum. Ante esta ola punitivista, distintos autores han reaccionado promoviendo la restricción de la participación ciudadana en cuestiones penales.

Nuestra Constitución Nacional parece reflejar este debate. En la reforma de 1994 se decidió incorporar a nuestro texto constitucional algunos mecanismos de democracia semidirecta. Así, el art. 40 de la Constitución reformada permite la realización de consultas populares vinculantes y no vinculantes, y el 39 incorpora las iniciativas ciudadanas de ley. Sin embargo, si bien la regla que permite las iniciativas ciudadanas es de carácter general, ella cuenta con algunas excepciones entre las que se encuentra la materia penal. Es decir que incluso si un conjunto de ciudadanos cumpliera los requisitos que manda el ordenamiento jurídico para presentar un proyecto de ley, ello no sería posible si esta ley tuviera por objeto el derecho penal.

Esta restricción a la participación ciudadana en materia penal fue defendida tanto en la Convención Constituyente como en la literatura especializada en virtud de la complejidad que reviste el derecho penal y las pasiones que desata. El objetivo de este trabajo es mostrar que la restricción en materia penal que surge del art. 39 no podría ser sostenida sobre la base de estos argumentos incluso si se aceptaran las premisas teóricas que lo sustentan. Por supuesto, una misma regulación puede ser defendida en virtud de más de un argumento, por lo que rechazar el argumento de la complejidad no implica el rechazo pleno a la restricción del art. 39. Simplemente me propongo aquí ofrecer razones para descartar este argumento como fundamento de la prohibición a las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal.

El trabajo estará organizado en dos partes centrales además de esta introducción y la conclusión. En la primera reconstruiré el argumento de la complejidad, ya que es a partir de su acabada

comprensión que podremos más adelante detectar sus falencias. Allí veremos que el elitismo penal se desarrolla por oposición al populismo penal, un fenómeno extendido de participación popular que rechaza a las elites políticas e intelectuales a la vez que reclama una política criminal más dura.

La segunda parte del trabajo tendrá como objetivo desacreditar los argumentos reconstruidos anteriormente. Se afirmará allí que incluso si supusiéramos que existen algunas cuestiones que por su complejidad deben ser tratadas por expertos, el derecho penal no es una de ellas. Asimismo, si estuviéramos equivocados sobre el grado de complejidad del derecho penal y su regulación fuera una cuestión de una complejidad tal que los expertos deberían ocupar un rol central en el proceso de toma de decisiones, eso seguiría estando garantizado si se permitieran las iniciativas ciudadanas en materia penal.

No pretendo discutir en las páginas que siguen el argumento según el cual algunos temas deben estar reservados a los expertos, su abordaje excedería en mucho el marco de este trabajo. Simplemente quiero aquí demostrar que incluso si aceptáramos este argumento en abstracto, al momento de aplicarlo al derecho penal este seguiría formando parte del grupo de temas que deben estar abiertos a la participación democrática.

## **II. Mejor no participar en ciertas cosas**

En este apartado intentaré brindar algunas precisiones sobre este fenómeno preocupante y novedoso al que llamamos populismo penal para luego reconstruir los argumentos elitistas que sustentan restricciones como las del art. 39. Dado que el elitismo penal se construye en espejo al populismo, comenzaré por este último.

Una de las primeras características del populismo penal es su emocionalidad y su irracionalidad (Pratt, 2007: 12-15; Pratt y Miao, 2017; Sparks, 2000). Este fenómeno suele surgir a partir de hechos puntuales que desatan el enojo de una parte relevante

de la ciudadanía que, por lo tanto, reclama en los medios y en las calles que se cambie la política criminal. Los cambios solicitados rara vez están sostenidos sobre estudios empíricos o el conocimiento de los especialistas. Por el contrario, los movimientos populistas en materia penal se caracterizan por tener reclamos basados en el sentido común y el enojo (Pratt y Miao, 2017: 44-45), rechazando el conocimiento experto de lo que consideran elites.

Esta separación entre elites y ciudadanía es otra de las características centrales del populismo penal (Dzur, 2010: 356-357; Pratt, 2007: 5-18). Al sentir que las elites no los protegen de los delincuentes, los ciudadanos reaccionan a través de movimientos populistas que ponen su foco en formas más participativas de democracia. Resultan ejemplificadores en este sentido los casos de California y Nueva Zelanda<sup>2</sup>, en donde los movimientos sociales que reclamaban una política criminal más punitivista lograron canalizar sus demandas a través de iniciativas ciudadanas de referéndum.

La última característica que atribuiremos aquí al populismo penal es la centralidad de los derechos de las víctimas. Tal como afirma Pratt, “el populismo penal nos exige que los derechos de las víctimas y la comunidad tengan preeminencia sobre los derechos de los criminales individuales” (2007: 30). Las demandas aquí enmarcadas suelen tener su origen en reclamos de familiares que son recogidos por la ciudadanía. Por lo tanto, son sus derechos los que estos movimientos buscan proteger y

---

<sup>2</sup> En 1994 California sancionó mediante un referéndum convocado a través de una iniciativa ciudadana una ley según la cual aquellas personas que delinquieran por tercera vez debían pasar al menos veinticinco años en prisión. En el año 1999 Nueva Zelanda también endureció su política penal como consecuencia de una iniciativa ciudadana de referéndum que concluyó con la sanción de una reforma del sistema criminal que ponía un mayor énfasis en los derechos de las víctimas e imponía trabajo forzoso a los condenados. Esta tendencia se mantuvo, incluyendo reformas sobre el régimen de libertad condicional, el contenido de las garantías penales durante la investigación y una ley del tipo *three strikes* como la de California (Heibert y Kelly 2015: 185-232)



garantizar, lo que trae aparejado que sus demandas suelen ser de corte punitivista.

Ante este panorama escalofriante de masas irracionales reclamando más poder punitivo se levantó lo que llamamos elitismo penal. El elitismo penal afirma que la formulación de las leyes penales debería estar alejada de las manos de la ciudadanía y reservada a un grupo selecto de ciudadanos que cuente con algún tipo de conocimiento especial.

La ya mencionada restricción del art. 39 parecería estar cubierta por este paraguas teórico. Si bien él acepta las iniciativas ciudadanas de ley en general, considera que hay algo especial en el derecho penal que amerita hacer una excepción. Qué es eso que hay de especial en el derecho penal es lo que intentaré dilucidar en lo que resta de este apartado. Para ello indagaré en los argumentos que justifican esta restricción. En primer lugar, tomaré los argumentos brindados en la convención constituyente que redactó el art. 39, aunque dada la precariedad de las razones allí expuestas complementaré su reconstrucción con formulaciones más sólidas realizadas por estudiosos del tema.

### *Un asunto muy complejo*

La prohibición que rige las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal casi no fue justificada en la Convención Constituyente en la que surgió. Por el contrario, solamente hay una breve mención del miembro informante del dictamen de mayoría, el convencional Brusca, quien afirma que el derecho penal tiene “una complejidad tal que resulta difícil que se vote por sí o por no dentro de un proyecto aislado”. A los fines de poder discutir esta restricción, tomaré el argumento de la complejidad y lo desarrollaré utilizando la literatura disponible.

El argumento de la complejidad es un argumento muy frecuente en estos días. En el ámbito doméstico, Raúl Zaffaroni defendió recientemente la idea según la cual el derecho penal debe estar reservado a los expertos. En este sentido afirmó que

“No se puede pretender que el Código Penal salga de la voz del pueblo”<sup>3</sup>. Asimismo, y mostrando su adhesión al argumento de la complejidad, también sostuvo que aceptaría críticas al anteproyecto de Código Penal del que fue corredactor siempre que ellas se hicieran en un marco de “seriedad y tecnicismo” (Zaffaroni, 2014). De esta forma, parecería que los únicos interlocutores válidos son aquellos que son técnicos en la materia y que por lo tanto pueden comprender una cuestión tan compleja como el derecho penal.

Trataré aquí de presentar las versiones más refinadas de argumentos como los brindados por Zaffaroni y el convencional Brusca. El razonamiento según el cual el derecho penal no debe quedar en manos de la ciudadanía asume que para que las decisiones políticas sean legítimas, ellas deben contar con un cierto grado de confiabilidad epistémica (Strandbrinck, 2018: 7). Sabemos que el testimonio de las personas con una *expertise* particular es una buena razón para dotar a una afirmación de valor epistémico (Goldman y O’Connor, 2019). Por ejemplo, en nuestra vida cotidiana actuamos dotando de valor a lo que los médicos nos dicen. Si nuestro médico de cabecera nos receta un medicamento para una enfermedad y un desconocido sin conocimientos de medicina nos dice que tomarlo sería dañino para nuestra salud, simplemente ignoramos las palabras del extraño y confiamos en las del médico. Llamamos a las personas que conocen más que un ciudadano medio sobre una determinada cuestión *expertos*. Dado que existen expertos en derecho penal, parecería razonable otorgarles un lugar especial o delegar en ellos su redacción si nos interesa que la misma sea correcta (Schudson, 2006: 494).

Sin embargo, este argumento no termina de explicar que existan restricciones en materia penal y no en todo el derecho.

---

<sup>3</sup> Ver “Zaffaroni pidió no debatir el nuevo Código Penal ‘en la esquina o en los medios de comunicación’” en <https://www.infobae.com/2014/04/21/1558841-zaffaroni-pidio-no-debatir-el-nuevo-codigo-penal-en-la-esquina-o-los-medios-comunicacion/>. Última vez consultado el 01/11/2019

Más aún, siguiendo este razonamiento podríamos decir que no se justifica la producción democrática de leyes y que ellas deben quedar en manos de los expertos en cada uno de los temas sobre los que legislemos. Esto no es lo que se afirmó en nuestra convención constituyente (que de hecho incorporó las iniciativas ciudadanas) ni es una afirmación aceptable para una persona que tenga el más mínimo compromiso democrático, incluso si cree que la democracia tiene un valor epistémico. Por el contrario, parecería que hay algo especial en el derecho penal que lo hace especialmente sensible a este razonamiento. Este algo es su especial complejidad.

Si bien todas las decisiones involucran un cierto grado de complejidad en el sentido de que necesitamos *algún* conocimiento para poder tomarlas, el argumento de la complejidad asume que no todas nos exigen ser tomadas por un experto. Por lo tanto, vemos que para quienes sostienen que las personas con mayor *expertise* deben tener un lugar especial en la toma de decisiones, algunas decisiones requieren conocimientos técnicos muy específicos y en consecuencia deben ser tomadas por expertos, mientras que otras tienen un nivel bajo de complejidad y por lo tanto pueden ser tomadas por ciudadanos promedio. Según el argumento acá expuesto, el derecho penal cae bajo el primer grupo.

Cabe ahora preguntarnos por qué, cuáles son las razones que nos permiten sostener que el derecho penal es algo muy complejo y que por lo tanto debe quedar en manos de los expertos. Phillip Petit (2002) parece creer que lo que caracteriza al derecho penal es que él está signado por una dinámica de producción particular, la dinámica del escándalo (*outrage dynamic*). Esta dinámica es muy similar a lo que describimos más arriba como populismo penal. En ella, ante un evento particular se dispara un escándalo público que genera presión sobre los legisladores, quienes se ven obligados a responder a estas demandas. Por lo tanto, lejos de ser el producto de una calma deliberación, la legislación penal sería consecuencia de las presiones populares.

La respuesta de Petit a esta problemática es la creación de una institución similar al Banco Central en la cual confluyan expertos y representantes de organizaciones especializadas. Ellos recibirían mandatos muy generales de parte de los poderes políticos, pero redactarían la legislación con un grado relevante de autonomía. Una institución de este tipo permitiría evitar las presiones populares propias de la dinámica del escándalo y por lo tanto contar con una legislación confiable.

Aunque de forma menos sistemática, también Daniel Pastor detecta una tendencia neopunitivista en nuestro derecho penal contemporáneo y la atribuye al populismo penal. El populismo penal estaría caracterizado por el rechazo al conocimiento de los expertos y por su marcado contenido punitivista, contrario al derecho penal liberal que Pastor defiende (2005: 54-77). Se sigue de esta afirmación que en tanto la participación popular lleva al populismo penal y este a políticas criminales punitivistas, deberíamos rechazarla y por lo tanto restringir las formas en las que la ciudadanía puede influir sobre el derecho penal.

En un sentido similar, el jurista italiano Luigi Ferrajoli rechaza la participación ciudadana en el ámbito penal. Para ello parte de una definición de democracia que no sólo incluye al autogobierno colectivo, es decir la posibilidad de que una comunidad se dé sus propias normas, sino que su forma de entender a la democracia incluye algunos compromisos que exceden el procedimiento de toma de decisiones e incluye compromisos sustanciales. Dado que esta forma de entender a la democracia no se limita al procedimiento, sino que incluye ciertos derechos, Ferrajoli caracteriza a su definición de democracia como *sustancial* (2008: 77-85).

Si partimos de que la democracia incluye ciertos derechos que no pueden ser violados, aunque exista una decisión mayoritaria en contra no caracterizaremos a esta decisión como democrática y por lo tanto ella carecerá de legitimidad. Así, existen ciertas decisiones que no pueden ser tomadas. Ferrajoli llama al conjunto de estas decisiones *esfera de lo indecidible* (2008: 102-104).

Nos encontramos así con dos conjuntos de decisiones, uno sobre el que las mayorías no pueden influir y otro sujeto a las decisiones que surjan de los órganos representativos. Mientras que este segundo conjunto de decisiones debe quedar en manos de los poderes políticos, el primer grupo está en manos de los órganos aplicadores de derecho en virtud del carácter cognitivo de sus funciones (Ferrajoli 2008: 106-107). Así, parecería que Ferrajoli considera que las cuestiones de derechos son cuestiones técnicas, complejas, y que por lo tanto ellas deben quedar en manos de los poderes que estén alejados de las pasiones que rigen a la política, ya que la política democrática (entendida como gobierno de la mayoría y no en los términos de Ferrajoli) degenera inevitablemente en el gobierno de los peores (2008: 88).

Siguiendo este razonamiento, solamente queda un paso para mostrar que el derecho penal debería estar alejado de los poderes democráticos. Este paso es afirmar que el derecho penal forma parte de la dimensión sustancial de la democracia, por lo que pertenece a la esfera de lo indecible y debe estar alejado de los poderes políticos. Ferrajoli da este paso cuando afirma que el derecho penal se trata de ofrecer garantías a los ciudadanos frente al poder del Estado, por lo que estamos en presencia de derechos inviolables que pertenecen al espacio de lo indecible (1998: 864-866). La conclusión obvia de lo dicho hasta aquí es que el derecho penal es una cuestión de derechos y que por lo tanto debe quedar reservada a quienes tienen capacidades cognoscitivas especiales, es decir a los expertos.

Más allá de las particularidades de los desarrollos y propuestas de cada uno de los autores aquí mencionados, queda claro que existe en el derecho penal una preocupación general por el populismo penal que se traduce en propuestas de contenido elitista. Estas propuestas parten del espanto ante un fenómeno que se reproduce en todo el mundo, caracterizado por su rechazo a las elites y su pedido de endurecimiento de las penas.

Contra ese movimiento, una parte relevante de la academia jurídica afirma que en tanto el derecho penal es un asunto sumamente complejo y a su vez despierta las pasiones punitivistas de las personas, él debe quedar alejado de la participación ciudadana. Caracterizamos a estas propuestas como elitistas porque mientras que promueven el alejamiento del derecho penal de la ciudadanía, promueven que él sea dejado en manos de unos pocos expertos, ya sean las personas con capacidades cognitivas especiales de Ferrajoli o los técnicos de Zaffaroni.

### III. Argumentos insuficientes

En lo que resta de este trabajo intentaré mostrar que los argumentos brindados en defensa del elitismo penal no alcanzan para sustentar dicha posición. Por el contrario, tanto argumentos teóricos como prácticos nos permiten desacreditarla. El objetivo aquí no es afirmar que no es posible defender una posición elitista, sino simplemente mostrar que incluso si aceptáramos en abstracto la premisa de que algunas cuestiones deben ser decididas por los expertos, el argumento de la complejidad seguiría siendo insuficiente para el caso del derecho penal y por lo tanto debe ser descartado.

#### *¿Es realmente tan complejo?*

Dijimos hasta acá que algunas cuestiones son tan complejas que deberían ser alejadas de la ciudadanía para quedar en manos de unos pocos expertos que pudieran deliberar con independencia de las pasiones mayoritarias. A su vez, afirmamos que lo que hace que el derecho penal caiga bajo este argumento no es tanto su complejidad específica sino la dinámica política que usualmente se genera en torno a él. Así, dado que el derecho penal desata los impulsos punitivistas de las mayorías, debemos restringir su participación en la formulación de leyes penales.

En primer lugar, cabe destacar que este razonamiento es un clásico caso de falacia naturalista. En él se parte de una

afirmación descriptiva (las mayorías se guían por pasiones punitivistas) para concluir una proposición normativa (debemos limitar la participación popular en derecho penal). Creo que incluso si sus premisas fueran verdaderas, de ellas no se sigue que la participación ciudadana en la formulación de normas penales no sea deseable. Para ser válido, este razonamiento debería incorporar algunas de las siguientes proposiciones prescriptivas que paso a analizar.

Podríamos en primer lugar afirmar que debemos adoptar la forma de toma de decisiones que nos lleve a políticas lo menos punitivistas posibles. Si eso fuera así y lográramos demostrar que las mayorías son más punitivistas que los expertos, entonces la mejor forma de toma de decisiones sería a través de los expertos.

Sin embargo, este argumento tiene un problema al considerar su relación con la democracia. La democracia, y en particular una concepción epistémica de la democracia deliberativa, supone que no conocemos cuales son las mejores políticas públicas existentes. Dado que nuestra racionalidad es limitada (Fearon, 1998: 49-52), debemos aceptar que siempre podemos estar equivocados y que por lo tanto nuestras decisiones siempre serán provisionales, no siendo aceptable un compromiso inamovible con ningún principio particular más que la misma provisionalidad (Gutman y Thompson, 2004: 110-119). Por el contrario, disponer como premisa, es decir como un elemento invariable del razonamiento, una política determinada y ajustar la forma de toma de decisiones a ella implicaría contradecir este principio, ya que nunca podríamos abandonar nuestro compromiso con una política no punitivista.

La otra premisa que podríamos adoptar para que el razonamiento no quede desacreditado por ser una falacia naturalista es ya no uno consecuencialista sino uno deontológico. En este argumento, desarrollado más arriba, asumimos que la autoridad política tiene una dimensión epistémica y que por lo tanto los expertos tienen que tener un lugar central en la toma de decisiones que requieran un alto nivel de *expertise*.

Sin embargo, el derecho penal no es una cuestión tan técnica como parece. Las preguntas centrales del derecho penal no son preguntas que un ciudadano común se encuentre incapacitado para responder. Si bien solo los expertos conocen los pormenores de la teoría del delito o los detalles de los tipos penales en particular, todos podemos tener opiniones acabadas sobre qué conductas deben ser reprochadas<sup>4</sup>. Las preguntas por qué reprochar y cómo reprochar son el núcleo del derecho penal sustantivo y ellas no requieren ningún conocimiento por demás complejo que se adquiriera en la facultad o en estudios profundizados.

Si bien es cierto que existen en el derecho penal algunas cuestiones que revisten un alto grado de complejidad, no lo es menos que estas cuestiones no conforman su núcleo. Por el contrario, el derecho penal se trata en esencia de reprochar a nuestros conciudadanos conductas que nos parecen condenables (Duff, 2015a: 45-46). En términos de Duff: “el derecho penal determina que ciertos tipos de daños, preexistentes, sean considerados males públicos” (2015b: 33). En tanto todos formamos parte de la comunidad que reprocha a quien ha concretado este mal público, parece sumamente razonable pensar que todos tenemos algo valioso para decir sobre cuáles son esas conductas que estarán sujetas a reproche y qué forma debe adoptar este reproche. Por lo tanto, la formulación del derecho penal no parece ser una cuestión que por su naturaleza deba estar reservada a los expertos. Por el contrario, dado que lo que se encuentra en juego son los valores de una comunidad política, es ella y no una elite aislada quien se encuentra mejor situada para poder expresarlos y así crear un derecho penal acorde a los mismos.

---

<sup>4</sup> Asistimos en estos tiempos a un debate amplísimo sobre la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, lo que implica la derogación del art. 86 de nuestro Código Penal, sin que haya sido necesario para que el debate fuera de calidad que todos los que participaban fueran expertos en derecho penal.



Dijimos al describir los fundamentos del elitismo penal que algunas cuestiones eran especialmente complejas y que por lo tanto su abordaje debía ser dejado en manos de los expertos. Sin embargo, este no es el caso del derecho penal. No hay en sus preguntas centrales tecnicismos que sean inaccesibles para los ciudadanos ni asuntos sobre los cuales cada uno de nosotros no tenga algo valioso para decir.

Una vez descartado el argumento de la complejidad técnica del derecho penal, nos resta analizar el argumento de la irracionalidad pasional de las mayorías. En primer lugar, podríamos decir que si las masas están compuestas por personas y las personas se ven emocionalmente afectadas cuando está en juego el derecho penal, de forma tal que esto les impide razonar con claridad, esto también debería ser cierto para los expertos. Nada nos garantiza que, incluso teniendo amplios conocimientos sobre derecho penal, los expertos no se vean también afectados por la supuesta emocionalidad que conlleva el tratamiento del derecho penal.

En segundo lugar, e incluso suponiendo que el estudio materialice en los expertos una coraza que los proteja de la emocionalidad que trae aparejada el derecho penal, del hecho de que las formas actuales de participación ciudadana sean pasionales no se sigue que ello no pueda cambiar. Por el contrario, la literatura empírica muestra que la forma en la que se diseñan la participación y la deliberación colectiva tiene efectos sobre los resultados (Curato, Dryzek, Selen, Ercan, Hendriks, y Niemeyer, 2017; Fung, 2003). Por lo tanto, prohibir las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal no es la única forma de prevenir la irracionalidad de las masas, sino que bastaría con diseñar un mecanismo deliberativo que promueva la discusión pública basada en razones.

Concluimos así que no es cierto que haya alguna particularidad en el derecho penal que lo haga inaccesible para el ciudadano promedio. Por el contrario, el derecho penal de una comunidad es un reflejo de sus valores y de la forma en la

que ella resuelve sus conflictos, por lo que es deseable que los ciudadanos que la conforman se involucren en su redacción.

### ***Todos podemos conocer***

Dijimos hasta acá que el argumento elitista fallaba porque afirmaba que redactar el derecho penal requería de la participación de expertos cuando sus preguntas centrales son accesibles para cualquiera y requieren conocer los valores fundamentales de una determinada comunidad, tarea para la que la propia comunidad parece bien preparada. Quisiera ahora discutir otro argumento, uno relacionado no con el grado de complejidad del derecho penal sino con la capacidad de los ciudadanos de adquirir conocimiento a través de la deliberación pública.

El elitismo divide a la sociedad entre expertos y no expertos. Según esta corriente estos grupos están claramente demarcados y son identificables. Sin embargo, lo que el argumento elitista no considera es que las personas pueden adquirir conocimientos durante un proceso deliberativo, por lo que evaluar la *expertise* de los ciudadanos en un momento anterior a la deliberación colectiva constituye un error.

La teoría de la democracia deliberativa considera que las posiciones que las personas tienen sobre una determinada cuestión están influenciadas por el proceso de toma de decisiones. Para esta teoría las personas no tienen preferencias fijas y autointeresadas sino que en la vida pública actuamos de acuerdo a otros criterios (Elster, 1997). Por lo tanto, no entendemos aquí a la democracia como la mera agregación de preferencias individuales fijas y previamente determinadas, sino que el proceso que precede a esta agregación también tiene un rol fundamental. Al deliberar las personas pueden conocer tanto los principios de moralidad pública defendidos por sus conciudadanos y los argumentos teóricos y empíricos que los sostienen, así como defender los propios principios ante los demás. De esta forma cada uno adquiere nueva información a la vez que se ve obligado a brindar razones públicamente

aceptables para defender las propias posiciones (Rawls, 1997), aumentando la confiabilidad epistémica de las decisiones.

Si lo dicho hasta aquí es cierto, las personas llegamos más informadas al momento de decidir que lo que estábamos al momento de iniciar la deliberación. A través del proceso deliberativo aumenta nuestra *expertise* sobre el tema en cuestión, por lo que evaluar la diferencia entre el conocimiento de los expertos y de los no expertos al momento en que comienza el proceso es un error.

No se afirma aquí que no existan diferencias de conocimiento relevantes entre expertos y no expertos, tampoco que incluso después de un proceso deliberativo los ciudadanos sean catedráticos de derecho penal. Sin embargo, ellos sí pueden a través de la deliberación pública conocer los asuntos más relevantes que conciernen a la legislación penal.

Thomas Christiano (2013: 37-42) identifica algunos mecanismos mediante los cuales se puede democratizar la división del trabajo entre expertos y no expertos propia de un sistema deliberativo. Dado que es el único que permite transmitir información de los expertos a los no expertos, me concentraré aquí en lo que el autor denomina entendimiento superpuesto (*overlapping understanding*).

El entendimiento superpuesto parte del supuesto de que muchas veces dos personas comparten algún área de *expertise* pero no otra. Así, si el sujeto P es experto en las cuestiones *a* y *b*, mientras que el sujeto Q es experto en *a* y *c*. Dado que P y Q comparten el área de conocimiento *a*, P puede explicarle a Q su conocimiento sobre *b* en términos de *a*, ya que ambos los conocen. Una vez que adquirió este nuevo conocimiento, Q puede transmitirlo a todos los que conozcan *c*, lo que habría sido imposible para P. De esta forma el conocimiento experto que tal vez en un primer momento fuera inaccesible para los ciudadanos no expertos se torna aprehensible cuando este mecanismo se da de forma repetida. Tal como afirma Christiano (2013: 39): “las cadenas de inteligibilidad superpuesta permiten

a políticos y ciudadanos tener algún conocimiento de las razones existentes a favor y en contra de una determinada política pública”.

Por lo tanto, el elitismo falla al creer que la expresión agregada de las opiniones individuales es análoga a una decisión democrática. Si la democracia es también el proceso que precede a la toma de decisiones (y no cualquier proceso sino uno que nos permita intercambiar razones), y en este proceso los expertos pueden transmitir conocimiento a los no expertos, entonces ella no solo refleja, sino que moldea nuestras preferencias (Gargarella, 2016: 218-223). Al deliberar, los ciudadanos estamos expuestos a información y argumentos que antes ignorábamos, por lo que nuestro conocimiento sobre el objeto de debate aumenta. Así, la brecha entre expertos y no expertos se reduce a través de la discusión, permitiéndonos satisfacer el estándar epistémico que tal vez no pasáramos al iniciar el proceso.

### *Los expertos sí participan*

Por último, quisiera agregar un argumento ya no teórico sino de tipo empírico. Afirmaré que si se permitieran las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal<sup>5</sup>, los expertos no dejarían de tener un rol fundamental tanto al nivel de la redacción como en la sanción del derecho penal.

Al nivel de la decisión sobre la adopción de una determinada legislación penal, nuestra Constitución acepta al Congreso como una institución lo suficientemente preparada para decidir. Si bien en algunas oportunidades la redacción del derecho penal es delegada a una comisión de especialistas, la adopción o no de estos proyectos o anteproyectos de ley es una decisión que queda en manos de nuestros representantes.

---

<sup>5</sup> En nuestro ordenamiento jurídico solamente se permiten las iniciativas ciudadanas de agenda, es decir aquellas en las que el Congreso tiene la facultad de decidir si acepta o rechaza el proyecto de ley.

Esto mismo es lo que sucede con las iniciativas ciudadanas en nuestro contexto normativo actual. De acuerdo a nuestra legislación la iniciativa de ley es presentada al Congreso, quien decide si adoptarla o rechazarla, es decir que es el órgano representativo quien tiene la última palabra sobre la adopción del texto propuesto.

Asimismo, dijimos que la Constitución prevé que el Congreso pueda tanto redactar como sancionar derecho penal, por lo que podemos asumir que este cuenta con un nivel de *expertise* satisfactorio. La idea misma de representación política en el sentido actual tiene como objetivo que quienes nos gobiernen sean personas con cualidades especiales, lo que permitiría seleccionar a una élite que tome las mejores decisiones posibles (Manin, 1997). En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de Madison, quien afirma que la representación es el mecanismo mediante el cual la voluntad popular pasa por el “tamiz de un grupo escogido de ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés de su país” (Hamilton, Madison y Jay, 2014: 39). Así, podríamos considerar que la representación promueve que los legisladores tengan una *expertise* superior a la media.

Incluso suponiendo que nuestros representantes no sean expertos cuando son electos, lo que es posible dado que no hay nada en los requisitos impuestos para su elección que lo garantice, ellos podrían estar especialmente bien situados para decidir desde el punto de vista de la *expertise* como consecuencia del ejercicio de su cargo. Si bien los legisladores pueden acceder sus cargos sin conocimientos de derecho penal, el ejercicio reiterado de la actividad legislativa acrecienta el conocimiento sobre los asuntos públicos (Hamilton, Madison y Jay 2014: 230). No sólo los representantes cuentan con el tiempo necesario para adquirir conocimiento, sino que también son asesorados por especialistas en cada una de las materias legislativas. Vemos entonces que al nivel del Congreso los expertos actúan de dos formas distintas. Por un lado, ellos asesoran a quienes luego

tomarán decisiones y por otro proveen conocimiento a los legisladores, quienes así adquieren su calidad de expertos si no la tenían al momento de su elección.

Podemos distinguir así entre dos tipos diferentes de expertos. Por un lado, algunos son expertos en virtud del conocimiento adquirido en espacios de educación formal, mientras que por otro encontramos expertos democráticos. Este segundo grupo está constituido por aquellas personas que cuentan con una *expertise* particular pero que a su vez están democráticamente legitimadas.

Ahora bien, si según nuestra Constitución el Congreso está bien situado para tomar decisiones en materia de derecho penal y si todas las iniciativas de ley deben pasar por el Congreso, entonces es imposible evitar el filtro de los expertos. Dado que el Congreso debe intervenir en todos los casos, es falso que las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal consagren el derecho a legislar de los no expertos. Para poder sancionar una ley siempre habrá que pasar por el filtro parlamentario, es decir por el filtro de lo que nuestra Constitución consideró expertos. Por lo tanto, permitir las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal no sería quitar la decisión de sus manos, sino simplemente aceptar que el objeto de esa decisión puede tener su origen en la ciudadanía.

Como dijimos, permitir a los ciudadanos tener iniciativa de ley en materia penal no excluiría a los expertos, pero el nivel del Congreso no es el único en el que los expertos estarían incluidos en la sanción de la legislación penal. Hasta acá hablé de ciudadanos y expertos como si fueran dos conjuntos de personas que no se tocan entre sí. Sin embargo, esto es un error en muchos sentidos. En primer lugar y de forma más obvia, podemos decir que los expertos son ciudadanos, por lo que ellos tienen alguna participación en las iniciativas ciudadanas de ley. Sin embargo, y aunque esto sea cierto, si lo que queremos afirmar es que los expertos participarían en la redacción de leyes penales de permitirse las iniciativas, lo que en realidad estamos queriendo

afirmar es que ellos tendrían un lugar especial. Así, no nos basta con que ellos intervengan como cualquier otra persona, sino que queremos que lo hagan en condición de expertos.

Por lo tanto, debemos ahora preguntarnos si los expertos participarían en condición de tales si se permitieran las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal. Por supuesto, no estamos en condiciones de saber con seguridad qué pasaría si esta posibilidad se habilitara, dado que hacerlo sería metodológicamente erróneo. Sin embargo, esto no nos impide recurrir a ciertos indicios que nos permitan tener sospechas fundadas.

Sabemos que las iniciativas de ley suelen ser promovidas por movimientos sociales más o menos articulados. Estos movimientos sociales generalmente persiguen sus objetivos a través de las vías que consideran más efectivas. En este sentido, sabemos que muchas veces estas vías son el litigio estratégico y el activismo judicial. Por lo tanto, los movimientos sociales y el derecho no tienen lógicas excluyentes, sino que se influyen mutuamente, lo que ha llevado a que los abogados se involucren de diversas formas en la defensa de sus reclamos (Sarat y Scheingold, 2006). Vemos así que los abogados, lejos de estar disociados de los movimientos sociales, tienen un rol central en ellos, en particular cuando se trata de cuestiones jurídicas.

En virtud de lo expuesto hasta acá, concluyo que lejos de excluir a los expertos de la toma de decisiones, permitir las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal incluiría nuevos actores en la producción del derecho sin que ello implique que los expertos queden a un costado. Ellos no solo podrían participar al nivel del Congreso tanto como representantes como en calidad de asesores, sino también al nivel de la sociedad civil, ya que los abogados usualmente se involucran en movimientos sociales, los que dan a los expertos un lugar central cuando se trata de cuestiones jurídicas.

## IV. Conclusión

El objeto de estudio de este trabajo fueron los argumentos que justifican la exclusión de la materia penal de los asuntos sobre los cuales los ciudadanos pueden presentar iniciativas de ley según el art. 39 de nuestra Constitución, planteando como hipótesis que ellos eran insuficientes. Dado que para poder analizar algo uno tiene que en primer lugar saber en qué consiste ese algo, el primer objetivo fue reconstruir estos argumentos. Para hacerlo, examiné los debates de la Convención Constituyente que dio lugar a la reforma del '94, en la cual se incorporó el artículo bajo examen.

En estos debates casi no se ofrecieron razones para restringir las iniciativas en materia penal, aunque sí existió una pequeña mención del miembro informante del dictamen de mayoría a la complejidad del derecho penal. El argumento de la complejidad parte de la asunción de que algunos temas deben estar alejados de la participación ciudadana y estar reservados a los expertos. Así, afirma que la redacción del derecho penal debe estar reservada a los técnicos, ya que ellos son los únicos capacitados para tratar con un objeto tan complejo.

En lugar de discutir los presupuestos teóricos que sustentan esta afirmación, me propuse mostrar que no se sigue de allí que el derecho penal deba estar alejado de la ciudadanía. Es decir que incluso aceptando que algunas decisiones deben ser tomadas por expertos, las decisiones que versan sobre derecho penal no son parte de este grupo.

En respuesta al argumento de la complejidad, dije que las preguntas centrales del derecho penal no requieren de un gran conocimiento. Todos tenemos creencias más o menos fundadas sobre qué conductas deberían ser reprochadas y sobre cómo deberían ser reprochadas. Más aún, si el derecho penal expresa los valores de una comunidad, nadie está mejor situado para expresarlos que la misma comunidad.



En segundo lugar, afirmé que el argumento de la complejidad asumía que las personas eran incapaces de adquirir conocimiento y perfeccionar sus posiciones durante un proceso deliberativo. Esto surge de la equiparación de la democracia a la agregación de preferencias individuales dadas. Si por el contrario concebimos a la democracia como un proceso en el que los ciudadanos deliberamos intercambiando razones y solamente cuando el tiempo de deliberar haya terminado decidimos, entonces debemos aceptar que nuestro nivel de *expertise* siempre puede mejorar y alcanzar un nivel tal que nos permita tomar decisiones en materia penal de forma informada.

Por último, en un argumento más simple pero no menos relevante, señalé que los expertos sí participarían si se permitieran las iniciativas ciudadanas en materia penal. Ellos seguirían teniendo un lugar central al momento de la toma de decisiones autoritativa dado que las iniciativas de agenda dejan la decisión final en manos del Congreso, por lo que las personas a las que la Constitución actualmente confía la tarea de redactar y sancionar el derecho penal seguirán teniendo la palabra final, pudiendo rechazar los proyectos no satisfactorios. En segundo lugar, la división entre ciudadanía y expertos no es tajante, sino que los expertos son ciudadanos y participan de los movimientos sociales que promueven iniciativas de ley. Por lo tanto, ellos también ocuparán un lugar central a la hora de la redacción de los proyectos que se presentarán de habilitar la iniciativa en materia penal. En consecuencia, sería un error pensar que habilitar la iniciativa ciudadana de ley en materia penal excluiría a los expertos de la formulación del derecho penal.

De esta forma, vemos que existen razones de muy diversa índole que nos permiten rechazar el argumento de la complejidad incluso si aceptamos sus discutibles presupuestos teóricos. Si bien esto no significa que no existan razones que puedan justificar restricciones a la participación ciudadana en materia penal, estas razones no son las brindadas en su origen. Por lo tanto, concluyo que los argumentos de acuerdo a los cuales se sostuvo la restricción acá analizada al momento de la sanción

del art. 39 de nuestra Constitución son insuficientes para sostener la restricción a las iniciativas ciudadanas de ley en materia penal.

## V. Bibliografía

- CHRISTIANO, T., “Deliberation among experts and citizens” en PARKINSON, J. y MANSBRIDGE, J. (eds.), *Deliberative systems*. Nueva York: Cambridge University Press.
- CURATO, N., DRYZEK, J., ERCAN, S., Hendriks, C., y NIEMEYER, S. (2017). “Twelve Key Findings in Deliberative Democracy Research” en *Dedalus Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, Summer 2017, pp. 28-38.
- DUFF, A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia pena que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI
- DUFF, A. (2015), “¿Hacia una teoría del Derecho penal?”, en Beade, G. y Martí, J. L. (ed.), *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 17-68.
- DZUR, A (2010). “The Myth of Penal Populism: Democracy, Citizen Participation, and American Hyperincarceration” en *The Journal of Speculative Philosophy*, Vol. 24, N° 4, pp. 354-379.
- ELSTER, J. (1997). “The market and the forum” en Bohman, J. y Rehg, W. *Deliberative democracy*, Londres: MIT Press.
- FEARON, J. (1998) “Deliberation as discussion” en Elster, J. (ed.) *Deliberative Democracy*, Estados Unidos: Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, L (1998). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta
- FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- FUNG, Aaron. “Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences” en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11, Nro. 3, 2003
- GARGARELLA, R. (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI
- GOLDMAN, A. y O’CONNOR, C., “Social Epistemology”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition). Recuperado en <https://plato.stanford.edu/entries/epistemology-social/>

- GUTMAN, A. y THOMPSON, D. (2004). *Why deliberative democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (2014) *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- HEIBERT, J. L. y KELLY, J. B. (2015). *Parliamentary Bill of rights. The experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Reino Unido: Cambridge University Press.
- MANIN, B. (1997) *Principios del gobierno representativo*, Madrid: Alianza
- PASTOR, D. (2005) *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires: Ad-Hoc
- PETIT, P. "Is Criminal Justice feasible?", *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, N° 2 (January 2002), pp. 427-450
- PRATT, J. (2007). *Penal populism*. Oxon, Canada: Routledge, Taylor and Francis Group
- PRATT, J. y MIAO, M. (2017). Populismo penal: el fin de la razón. *Nova criminis*, Vol 9, N° 13, pp. 33-105.
- RAWLS, J. (1997). "The idea of public reason" en Bohman, J. y Rehg, W. *Deliberative democracy*, Londres: MIT Press.
- SARAT, A y SCHEINGOLD, S. A. (2006). *Cause lawyers and social movements*, California: Stanford University Press.
- STRANDBRINCK, P. (2018). "Epistocracy and participation in a post-truth world". *Democratic Theory*, vol. 5, no 1, p. 1-17.
- SPARKS, R. (2000). "Risk and blame in criminal justice controversies: British press coverage and official discourse on prison security (1993-6)" en Brown, M. y Pratt, J., *Dangerous offenders*. Estados Unidos: Routledge.
- ZAFFARONI, E.R. (2014) "¿Habrá llegado la hora?", *Infonews*, Buenos Aires, 3 de marzo.



# Ética y política en sinfonía levinasiana y derridiana

*Ethics and Politics in Levine and Derridian Symphony*

*Ética e política na sinfonia levinasiana e derridiana*

*Éthique et politique en symphonie lévinasienne et derridienne*

列维纳斯和德里达交响曲中的伦理与政治。

David E. Kronzonas<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e363>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1303-6227>

Recibido: 15/02/2020

Aprobado: 01/03/2020

**Resumen:** El diálogo filosófico entre Derrida y Levinas consta de cuatro textos: tres, firmados por Derrida (Violencia y metafísica, 1964; En este momento mismo en esta obra heme aquí, 1980; y Adiós a Emmanuel Levinas, 1997 y; sólo uno por Levinas (Completamente de otro modo, 1973). Entre ambos autores hay una referencia silenciosa, constante, sostenida, empática respecto del discurso de cada cual. Derrida utiliza una metáfora interesante para explicar esta relación cercana: afirma que la herencia nos precede y nos elige, nos invoca antes de que podamos

---

<sup>1</sup> Abogada (UNLP), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral); Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III -Madrid-, París X -Nanterre- Francia y El Salvador -Buenos Aires, Argentina; docente de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Austral.

elegirla, y que de alguna manera, estamos obligados a responder a ese legado. Levinas nos hablará —en cambio- de filiación. Podríamos decir que Derrida y Levinas se heredan entre sí. Existe en ambos una llamada a reafirmar, atender o mantener el legado que cada uno recibe del otro y que convive con la necesidad de interpretar, escoger y transformar esa herencia. Las tradiciones griegas y judías confluyen en los dos.

**Palabras claves:** Ética – Política –Estado justo

**Abstract:** The philosophical dialogue between Derrida and Levinas consists of four texts: three, signed by Derrida (*Violence and metaphysics*, 1964; *At this very moment in this work here I am*, 1980; and *Farewell to Emmanuel Levinas*, 1997 and; only one by Levinas (*Completely different*, 1973). Between both authors there is a silent, constant, sustained, empathic reference to each other's discourse. Derrida uses an interesting metaphor to explain this close relationship: he affirms that heritage precedes and chooses us, he invokes us before we can choose it, and that somehow, we are obliged to respond to that legacy. Levinas will instead speak to us of filiation. We could say that Derrida and Levinas inherit from each other. There is a call in both of them to reaffirm, attend to or maintain the legacy that each one receives from the other and that coexists with the need to interpret, choose and transform that heritage. Greek and Jewish traditions converge in both.

**Keywords:** Ethics - Politics - Fairness

**Resumo:** O diálogo filosófico entre Derrida e Levinas consta de quatro textos: três, assinados por Derrida (*Violência e metafísica*, 1964; *Neste momento mesmo deste trabalho, estou aqui*, 1980; e *Adeus a Emmanuel Levinas*, 1997 e; apenas um por Levinas (*Completamente de outra forma*, 1973). Entre os dois autores há uma referência silenciosa, constante, sustentada, empática respeito do discurso de cada um. Derrida usa uma metáfora interessante para explicar essa estreita relação: ele afirma que a herança nos precede e nos escolhe, invoca antes que possamos escolher, e que de alguma forma estamos compelidos a responder a esse legado. Levinas falará —em vez disso- de filiação. Poderíamos dizer que Derrida e Levinas se herdaram mutuamente. Existe em ambos um chamado a reafirmar, atender ou manter o legado que cada um recebe do outro e que coexiste com a necessidade de interpretar, escolher e transformar essa herança. As tradições grega e judaica se reúnem em ambos.

**Palavras-chave:** Ética - Política – Estado justo

**Resumè:** Le dialogue philosophique entre Derrida et Levinas se compose de quatre textes: trois signés par Derrida (*Violence et métaphysique*, 1964; à ce moment même de cette œuvre je suis ici, 1980; et *Adiós a Emmanuel Levinas*, 1997) et; un seul de Levinas (complètement différent, 1973). Entre les deux, il y a une référence silencieuse, constante, soutenue et empathique au discours de l'autre. Derrida utilise une métaphore intéressante pour expliquer cette relation étroite: il dit que l'héritage nous précède et nous choisit, nous invoque avant que nous puissions la choisir, et que nous sommes, d'une certaine manière, obligés à lui répondre. En revanche, Levinas nous parle de filiation. On pourrait dire que Derrida et Levinas héritent l'un de l'autre. Il y a, dans les deux, un appel à réaffirmer, assister ou maintenir l'héritage que chacun reçoit de l'autre et qui coexiste avec le besoin d'interpréter, de choisir et de transformer ce patrimoine. Les traditions grecque et juive se rejoignent dans les deux.

**Mots-clés:** Ethique - Politique - Etat juste

**摘要:** 德里达和列维纳斯之间的哲学对话包括四个文本:三个, 由德里达签署。两位作者之间都对彼此的话语保持沉默, 持续, 持续, 善解人意。在我们选择它之前先调用我们, 然后我们必须以某种方式对这一遗产做出回应。重申, 关注或维护彼此继承的遗产, 并与解释, 选择和改造该遗产并存的需求并存。希腊和犹太传统在这两者中融合在一起。

**关键词:** 伦理, 政治, 公正国家

---

I. Entre ética y política existe una relación de mutua dependencia. No podría haber justicia sin ética, ni ética sin justicia. La amenaza de la tiranía<sup>2</sup> y los modelos políticos fundados en una

---

<sup>2</sup> En *La Democracia en América*, Tocqueville –en un esquema influido claramente por Rousseau– dice que la igualdad es ahora casi un hecho providencial; que nadie cree ya en la justicia de los principios en que se fundaban las antiguas distinciones de rangos o clases (...) “La única cuestión que quedaba era la de saber si la libertad puede acompañar a la igualdad o si de ésta resultará, la tiranía universal”. Allan Bloom. *Gigantes y enanos*.

totalidad cerrada (el fascismo, el nazismo, el estalinismo; así como los recientes sucesos latinoamericanos tanto en Ecuador, en Chile y en Colombia de revueltas populares frente a la crisis hegemónica neoliberal que se han traducido en represión sangrienta por parte de sus élites –dónde se naturaliza la diferencia entre ricos y pobres-; y en el golpe de Estado en Bolivia -donde nuevamente, una y otra vez, se prioriza el clasismo y el racismo- son algunos ejemplos dónde se cristaliza la comisión del mal por el mal<sup>3</sup>, de la aniquilación por la aniquilación<sup>4</sup> revelando el sentido mismo del sufrimiento y haciendo empírico el olvido de la imposibilidad ética de justificar el sufrimiento del Otro) muestran que entre la ética y la política debe establecerse un vínculo que obligue a ambas dimensiones a permanecer en tensión; pero también, se propone desterrar todo esquema de deducción de la política a partir de la ética. La relación entre ética y política sólo sería fecunda en la medida en que la ética inspire a la política. ¿Cómo lograrlo? La dimensión ética debería

---

Interpretación sobre la historia socio-política de Occidente. Gedisa Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1991, (p. 174).

<sup>3</sup> El imperativo categórico de no traicionar a la humanidad. La alta traición de la humanidad es el perjurio supremo, el crimen de los crímenes, la falta contra el juramento originario. Traicionar a la humanidad sería pura y simplemente traicionar, faltar a la virtud, faltar a la fraternidad. En esa humanidad no se debería traicionar jamás al hermano. Es otra manera de decir: nunca se traiciona más que al hermano. El fratricidio es la forma general de la tentación, la posibilidad del mal radical, el mal del mal (Kant).

<sup>4</sup> En los orígenes del totalitarismo H. Arendt describe tres momentos para la dominación total de una persona o un pueblo: la muerte de la persona jurídica en el hombre, el asesinato de la persona moral y la muerte de la individualidad. El sistema nazi había elevado la aniquilación a un fin en sí Mismo. Veía en su análisis de los campos de concentración un ataque contra el espíritu humano. Ese libro fue un intento de universalizar la experiencia judía, una explicación del significado moral y legal de un crimen contra la humanidad y un intento de señalar un camino hacia adelante, de manera de sugerir formas que pudieran restaurar la humanidad. Arendt quería que los judíos fueran la vanguardia de un nuevo cosmopolitismo. Universalismo que implicaba la renuncia a las propias raíces étnicas y culturales. Arendt decía que sólo amaba a sus amigos y el único amor que conocía y creía era el amor de las personas. Hay aquí cierta resonancia de aquello que en 1916 escribía Rosa Luxemburgo a su amiga Matilde Wurm: "(...) me siento en casa en todo el mundo, donde sea que haya nubes, aves, lágrimas humanas." El judaísmo era un rasgo esencial de su identidad pero ello no acarrearba obligación, solidaridad o visión alguna.



atravesar lo político a fin de evitar que la política se cierre sobre sí misma. La ética funciona como una suerte de resistencia a los sistemas políticos fundados en totalidades cerradas. La figura del tercero abre la necesidad de la justicia y del Estado. La relación entre ética y política se centrará en establecer el vínculo entre el orden estatal y la dimensión del “cara a cara”. La estructuración de un Estado justo (Abensour –apelando a la filosofía política antigua)<sup>5</sup> –y contrapuesto al Leviatan<sup>6</sup> de T. Hobbes– se fundamenta en la proximidad de la ética. Hay dos momentos en el pensamiento levinasiano: el de Totalidad e Infinito en que se manifiesta crítico de la política. Allí lo político significa una suspensión de la ética y donde ésta se constituye a partir de su oposición; y por otro lado, el De otro modo que ser (...) en el

<sup>5</sup> Abensour, Miguel, “El mal elemental” en Levinas, Emmanuel Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2001. Nietzsche decía que un hombre que decide vivir su tiempo, debe salirse de él. Salirse de su tiempo significa conocer a los griegos.

<sup>6</sup> El contractualismo moderno se corresponde con lo que Hegel llama la perspectiva del entendimiento. Según Hegel las teorías sobre el contrato social parten de la suposición de seres autónomos y egoístas que por conveniencia realizan el acuerdo que constituye y da fundamento al Estado. Se privilegia el egoísmo de los particulares, en la medida en que la instancia universal (el Estado) es entendido como mero útil. El Estado deviene el instrumento para garantizar que cada individuo pueda perseguir sus fines egoístas. De acuerdo con esa perspectiva el Estado es el resultado del acuerdo entre estos individuos (egoístas). El cuerpo común estará fundado en el arbitrio de los individuos que pretenden a través de aquel, garantizar sus propios intereses. En esta crítica al contractualismo aquello que está en juego es la mediación entre lo particular y lo universal. Si bien éste privilegia lo particular en virtud del egoísmo y entiende lo universal, como apéndice, como instrumento funcional que busca garantizar los intereses egoístas; Hegel invierte los términos: lo universal –que históricamente aparece después– es el fundamento de lo particular, que no es otra cosa que lo universal particularizado. El momento de eticidad se hará efectivo en la idea del Estado que se auto-presenta como unidad en la inmediatez a través de la sociedad civil. En el momento dialéctico de reconciliación, lo particular no se anula, sino que es parte de la verdad que no puede suprimirse. Los sujetos individuales tiene su verdad en virtud de lo universal (el Estado). Éste es condición de posibilidad de realización de la verdad del individuo. Si se considera al Estado en términos contractuales el fin último coincidirá con los motivos subjetivos para pactar la unión común. Ser y verdad se presentan bajo la modalidad de la totalidad. Un Estado autosuficiente y autónomo, donde los individuos cobran significado en virtud de un orden que los engloba; un Estado total que absorbe toda exterioridad. Lógica política que imposibilita la ética. El mero acontecer de lo político que experimenta la deshumanización de lo humano en los acontecimientos del siglo XX.

que existe la posibilidad de trazar un vínculo positivo con la ética, a través de la figura del tercero. Levinas es un pensador de la excedencia.<sup>7</sup> A partir del segundo momento se torna necesario el establecimiento de una dimensión de visibilidad del rostro. La figura del tercero reintroduce la conciencia, la tematización y el saber, suspendidos en el momento propiamente ético. El tercero conlleva la problemática de la multiplicidad y torna necesaria la re-significación del rostro situado entre la excedencia y la visibilidad.

La política requiere de la ética para no quedar librada a sí misma, evitando con ello el riesgo de la tiranía. Por otro lado, la ética no puede dar cuenta de la justicia institucional, clamada por el tercero y en este sentido, la política se torna necesaria. No debe haber entre ambas esferas, derivación o fusión. El movimiento de re-totalización que instaura lo institucional debe consistir en una suerte de totalidad porosa, por la que el Estado justo –que surge de la limitación de la proximidad- no anule la relación “cara a cara”. Levinas llama y convoca a la apertura, a la ética, a la alteridad del Otro en una exterioridad de la existencia también primordial. El olvido filosófico y fáctico del Otro ha definido la realidad histórica como el mero acontecer de lo político. Sin embargo, Levinas no se refiere a la política en términos generales sino a aquella que queda librada a sí misma, a aquella que responde a la ontología de la totalidad; que al no dar lugar a una exterioridad, imposibilite la ética. En suma, si bien la política engendra el riesgo de la tiranía, también abre a la necesidad de un orden político justo donde la vida sea más

---

<sup>7</sup> Levinas no realiza descripción ninguna del “mejor régimen” Es el origen ético de toda significación lo que permitirá que ésta cuestión sea investida a partir de su excentración, arruinando así la posibilidad de su tratamiento autónomo del campo de la filosofía política. La excedencia ética no se proyecta hacia la neutralidad del bien sino hacia el otro. La excedencia se ventila en la metáfora de los dos soles platónicos que viene a iluminar el sol visible. Bachelard se preguntaba sino ¿era el la fuente necesariamente nocturna de toda luz? Además debemos tener en cuenta que el sol de Platón no ilumina sino que engendra. El Bien es el padre del sol visible que da a los seres “la generación, el crecimiento y la alimentación”. (Platón. La República, 508a; 509b.).

importante que la muerte, la supervivencia no sea accidental u ocasional, ni la destrucción la regla del cotidiano.

Levinas reconoce el valor institucional en oposición a la tiranía. Para ello, parte de una concepción de la libertad que devela la posibilidad de traicionarse. El hombre lleva en su corporalidad la posibilidad de traicionar su propia voluntad. La libertad es quebrantable; podrá permanecer indiferente, podrá mantenerse libre, pero la corporalidad la pone en riesgo. La libertad puede quebrarse en la tortura o traicionarse incluso en el pensamiento.<sup>8</sup> La libertad conjuga el problema político mismo. El hecho de que la libertad puede ser modificada o incluso anulada por la violencia de los hombres clama por instituciones (justas). La posibilidad de un Estado que aspire a la justicia abre la oposición a la tiranía. Sólo a través de él, la esencia violable de la libertad puede ser aplazada o quizás incluso también, suspendida. El orden institucional surge en pos de garantizar las libertades. La teoría política enseña que la libertad sin la garantía de la ley se torna ingenua. La necesidad de la institucionalidad como garantía de la libertad abre una interesante perspectiva. Habrá que tener en cuenta que la buena voluntad por sí misma no es libertad verdadera, en tanto no dispone de los medios para realizarse. Así –en una suerte de paradoja- el máximo defensor de la alteridad del Otro y detractor de la totalidad parece recurrir a una solución de corte hegeliana; aquella en que la libertad subjetiva debe objetivarse por el Estado. A pesar de ello, no retorna a un sistema político que se fundamenta en una totalidad cerrada. A pesar de ser un anti-hegeliano convencido, Levinas propone que ese sistema reconozca la necesidad de la institucionalización abriendo la puerta a una interioridad capaz de abrirse al Otro. La ética es la vía de resistencia a la totalidad en general y en particular, a los regímenes políticos en los que la alteridad se disuelve. El

---

<sup>8</sup> En la novela "1984" de G. Orwell; el verdugo O'Brien le propicia tormentos hasta que el protagonista, Winston admite que dos más dos es igual a cinco. Para acallar las voces hace falta que la libertad se traicione, que admita como verdaderas las más evidentes mentiras.-

sujeto se constituye como ser libre; ya no como portador de una subjetividad heroica. La vía interior de resistencia será la de un sujeto responsable –incluso antes de la libertad- ante el rostro del Otro, tal como se revela al yo en su alteridad absoluta. Si aún se corre el riesgo de que lo político engendre una totalidad cerrada y absorba la alteridad del Otro, la ética deberá funcionar como una suerte de alarma de la política.

Rápidamente se interpreta a Emmanuel Levinas como un pensador de la ética –el filósofo de la ética del siglo XX- dicen muchos. Efectivamente, la ética recorre sus escritos pero no se comprenderá en su complejidad sino se tiene en cuenta que son las ontologías de la totalidad, la política como guerra y como tiranía y el Estado total lo que en definitiva anula la alteridad del Otro. La ética es aquello que la misma tradición filosófica ha olvidado en el diseño de modelos totalizantes de la existencia humana; pero a su vez, es aquello que se opone a la totalidad sin excedencia. En el prólogo de *Totalidad e Infinito*, Levinas opone la política a la moral; siendo la política definida como el arte de ganar la guerra. La ética –entendida en ese texto como paz mesiánica- abre sin dudas, una instancia más allá de la política de la totalidad. La ética se opone a un sistema político como el hegeliano donde las singularidades son parte de una totalidad ontológica que se auto-produce. Hegel postulaba una concepción del individuo basada en la defensa de la subjetividad egoísta. Un individuo sólo realiza su verdad en tanto y en cuanto es parte de lo universal, es decir y en este caso, del orden estatal. La ética levinasiana postula una nueva perspectiva que se aleja tanto del esquema que lo convierte en un momento dialéctico del Estado, como de la exaltación de la individualidad egoísta. *Totalidad e Infinito* se presenta como una defensa de la subjetividad, como resistencia a ser absorbida en la totalidad pero no a partir del sujeto egoísta sino de la responsabilidad ante el rostro del Otro. La vía de ruptura en sus dos obras principales –la arriba señalada y en *De otro modo que ser (...)*- se centrará en la constitución de un sujeto ético responsable ante el rostro del Otro y no reducible a la totalidad.

Levinas da cuenta de una concepción original de la subjetividad –una filosofía de lo propiamente humano– que se aleje tanto de la idea de un sujeto que en su afán de conocimiento reduzca la alteridad a la Mismidad; como del modelo hegeliano que define la realización del individuo en la medida en que es parte del todo (del Estado ético). Ello permitirá la concreción de la relación ética entre yo y el Otro; donde el primero se define fundamentalmente como ser-para-otro y el segundo, como rostro. Levinas propone en *Totalidad e Infinito* comenzar por la noción de gozo, definida como la felicidad egoísta del yo, categoría comprendida como condición necesaria de la constitución del sujeto ético entendido como “para-otro”. Sin embargo, esta categoría resultará en definitiva incapaz de romper con la lógica de la totalidad. El gozo como figura de la subjetivación es una relación con el mundo mediante la sensibilidad. Levinas tiene una doble pretensión: la de mostrar que la figura del gozo se aleja de ser una relación cognitiva (de representación) con el mundo; así como, de darle a las cosas una dimensión de mera utilidad (Heidegger). Esa sensibilidad propuesta resultará meramente ingenua ya que mediante ella no se constituye el mundo; el sujeto sólo goza de él. El gozo es un vínculo con las cosas, prescindiendo de su finalidad. La relación de gozo con el mundo no supone un sujeto previo a esta relación, sino que –en el mismo vínculo gozoso con el mundo– el sujeto se constituye en su felicidad egoísta. Definido positivamente a través de la fórmula “vivir de” dónde el gozo es comprendido a partir de las necesidades, el “vivir de” como gozo significa la felicidad, como vínculo irreflexivo con el mundo del cual, se goza. El trabajo es alimento del gozo, sin otra felicidad más que él mismo. Levinas se alejará de la idea que las necesidades son carencia o imperfección para someterlas a una lógica de dependencia/ independencia. En virtud de las necesidades el ser humano queda abierto a la dimensión del gozo. A partir de las necesidades el hombre se independiza de la vida como mera conservación. La figura del trabajo hace que las cosas sean poseídas, aprehendidas, puestas a disposición como lo que permanece en el tiempo.

Sin embargo, la mera satisfacción de necesidades egoístas imposibilita que ella sea una apertura a la alteridad, impide que sea una figura que dé lugar a la exterioridad no asimilable. El gozo resultará insuficiente para apartarse de la filosofía de lo Mismo. Habrá que recordar que la constitución de la subjetividad ética en Totalidad e Infinito está dispuesta como deseo. El gozo es lo que se contrapone al Deseo del Infinito y lo que lo hace posible. El deseo –a diferencia de la necesidad- se caracteriza por no buscar la satisfacción. Deseo insaciable que no reclama alimento. Movimiento del Mismo al Otro, sin retorno al primero. Por otra parte, el movimiento de gozo –como satisfacción de necesidades- permitirá al yo abrirse a aquello que no le falta. El Deseo metafísico permite el tránsito de la Mismidad a la alteridad. Es metafísica de la separación infinita. Es apertura y libertad.<sup>9</sup> En De otro modo que ser (...) radicaliza la apertura a la ética como la filosofía que da lugar a la alteridad irreductible del Otro a través de dos nociones fundamentales: el desinterés y la vulnerabilidad. Levinas opone: guerra –egoísmos que luchan unos con otros, todos contra todos y al mismo tiempo en conjunto- a la que define como el gesto o drama de la esencia; a la paz mesiánica –vinculada al desinterés y dónde la subjetividad más allá del ser es constituida a través de una responsabilidad que se cristaliza en la preocupación por la muerte y el sufrimiento del Otro.

Introduce el concepto de vulnerabilidad como el modo de la sensibilidad –independiente del saber y de la tematización- por la cual, el sujeto se instituye como rehén, atravesado por la obsesión del Otro. Sólo a través de la corporalidad ofrecida al Otro –como piel desnuda y vulnerable- tiene la ética, un sentido más allá del ser. Materialidad ofrecida al Otro, subjetividad

---

<sup>9</sup> Tanto la fenomenología como la ontología serían para Levinas filosofías de la violencia. A través de ellas, toda la tradición filosófica estaría ligada a la opresión y el totalitarismo de lo mismo. Vieja amistad entre la luz y el poder; vieja complicidad entre la objetividad teórica y la posesión técnico-política. Si se pudiese poseer, captar y conocer lo otro, no sería lo otro. Poseer, conocer, captar son sinónimos del poder. Ver y saber, tener y poder sólo se despliegan en la identidad opresiva y siempre luminosa de lo Mismo.

única e irreductible al género, de responsabilidad intransferible. La identificación de la subjetividad con la vulnerabilidad completa su proyecto inicial. En Totalidad e Infinito el deseo aún representa un movimiento de la subjetividad, un dirigirse de un yo colmado. En De otro modo que ser (...) la pasividad más pasiva que cualquier otra pasividad cobra esta dimensión en la figura de la vulnerabilidad. Lo humano –señala Levinas- se ofrece a una relación que no es poder. La vulnerabilidad es el lugar propio de la posibilidad de la ética en la medida en que es apertura pasiva al Otro. Se pueden distinguir en Levinas tres acepciones de la pasividad: La primera, donde la responsabilidad ante el Otro se visualiza, no como el correlato de una voluntad libre sino como la imposición de responder ante la epifanía del rostro; el segundo, el movimiento de ruptura de la representación a través del rostro del Otro y el tercero, el vinculado con el primer mandato ético: "No matarás". Constituir al sujeto bajo la pasividad más pasiva que cualquier otra pasividad- significa aplazar la libertad, perder los poderes de representación y revelar el carácter inviolable del rostro por su misma resistencia. Insiste una y otra vez en alejar la responsabilidad ética de un acto de conciencia de un sujeto libre. Por el contrario, la responsabilidad resultará constitutiva de la subjetividad porque el sujeto es elegido e irremplazable. Es por ello, que la dimensión humana tiene un sentido ético.

Nada más lejos de la ética levinasiana una interpretación que asocie el encuentro ético con una suerte de bondad inherente al ser humano. La responsabilidad ética –ante el rostro del Otro- no es una cita ingenua y deliberada con el Bien. La responsabilidad para con los Otros jamás podrá significar voluntad altruista, benevolencia natural o amor. Anterior –absoluto, anárquico y sin tiempo- a la propia voluntad, la subjetividad como responsable es elegida incluso y casi siempre a su pesar. Ni la benevolencia, ni la lucha resultan figuras aptas para describir el encuentro ético. Se trata de un encuentro por el cual, más allá de la libertad, el sujeto es rehén de una responsabilidad intransferible. Pasividad que desvincula la responsabilidad de

la libertad y que también significa, pérdida del poder representacional<sup>10</sup> del sujeto –en la medida en que el rostro es para Levinas irrepresentable, una excedencia inabarcable-. El rostro es por excelencia lo no reductible, su misma expresión inaugura un sentido independiente del lenguaje predicativo. La alteridad del Otro es absoluta. Su diferencia no puede recaer en sus cualidades susceptibles de ser conocidas. El rostro se expresa requiriéndome, pero en esa imposición formula su alteridad. La alteridad invita a pensar la filosofía desde un foco diferente de la tradición; desde los márgenes y las aporías (Derrida), desde tensiones que no pueden ser resueltas, ni pasadas por el tamiz de la dialéctica, que no pueden ni podrán ser englobadas en un conjunto más vasto, sin que ello constituya una pérdida. Los espectros que desbaratan el tiempo lineal y homogéneo de la existencia, que habitan el duelo infinito de las comunidades, de sus historias (las contadas y las ocultadas), reaparecen interpe-lando nuestro presente (Benjamin).

En la relación ética, el Otro no expone sus cualidades, es despojado de ellas. El Otro es rostro desnudo, individualidad única que se expresa por fuera de todo concepto. Si el rostro escapa al poder es porque no puede ser representando y porque el mandato ético indica la imposibilidad de asesinato. El sufrimiento excede a la conciencia, es inasumible, no puede ser integrado a un orden, pero a la vez significa un grito y un socorro del Otro a los demás. El sufrimiento del Otro es

---

<sup>10</sup> La representación está dentro de las figuras de la filosofía de lo Mismo, en la medida en que ser inteligible es ser representativo y por ello, ser a priori. Reducir una realidad a su contenido pensado es reducirla al Mismo. La lógica de la representación implica la pérdida de la individualidad de lo representado que se ve reducida al representante, es decir al contenido pensado por el Mismo. La correlación del movimiento del Yo al Otro que retorna al Yo a través de la representación es la de un lenguaje fundamentalmente predicativo por el cual, el Otro es descriptivo. Si en el encuentro con el Otro se redujera a una relación cognoscitiva la diferencia inaugurada por la presencia de su alteridad podría ser dicha en relación con el yo que conoce y tematiza. El Otro pierde su unicidad, se transforma en el referente de un concepto, por el cual pierde su alteridad irreductible. El rostro identificado con su diferencia es un rostro despojado de su alteridad. Ese rostro ya no acusa, ya no suplica. La representación significa hablar de dominio y poder sobre el Otro.



el absurdo, el sin sentido mismo, lo abismal. El único sentido que puede tener ese sufrimiento es el de mi sufrimiento por el Otro: el socorro ante el sufrimiento del Otro y la experiencia del mandato ético de no dejar al Otro sólo ante su propia muerte se corresponde con la constitución de una subjetividad abierta a la responsabilidad ética, a la imposibilidad de dejarlo en soledad ante su dolor, ante su carencia. Imposible abandono del Otro a su desamparo y cuyo sentido comienza e inaugura lo interhumano.

Levinas llama a repensar la institucionalidad política en tanto garantía de las libertades esencialmente vulnerables. Si la política librada a sí misma incuba una tiranía, la vulnerabilidad de la voluntad –en su posibilidad de traición– clama por un Estado en el que esa traición sea neutralizada. Podrá afirmarse una perspectiva positiva de la política en la medida en que ese orden (político) signifique una resistencia al advenimiento del mal. El desafío será vincular la ética y la política como modos de instrumentar esa resistencia. Encontrar el contra modelo político que se aleje de la tiranía al aplazar la vulnerabilidad de la libertad pero que a su vez, esté atravesado por la ética de la responsabilidad, ese será el desafío. Movimiento de re–totalización que engendre una totalidad porosa, permeable, penetrable, asequible para dar lugar a la dimensión ética. ¿No nos preguntamos quién es el Otro? No lo hacemos ya que no hay deliberación, ni conciencia; tan sólo responsabilidad para con él. Levinas llama desinterés al modo ético de lo interhumano. Pero desde el momento en el que puede haber daño entre el Otro y el tercero deviene necesaria la conciencia del saber. Hora de la justicia y de la política que deben funcionar también, como resistencia al mal. La posibilidad del mal perturba la certeza sobre la suficiencia de la relación cara a cara. Esa posibilidad clama por el saber y la tematización que de manera positiva, la ética ha dejado de lado. La ética funciona como lugar de resistencia al olvido del Otro. La ética es el modo por el que el sujeto es vulnerable, ilimitadamente ante el rostro del Otro. La figura del tercero puede significar un límite para la ética en tanto y en

cuanto revela el carácter insuficiente de ésta y con ello, la necesidad de la política. La pregunta por la justicia es una pregunta de y para la conciencia. Derrida decía -con acierto- que hay en la ética una violencia potencial, implicada en la imposibilidad de discernir el bien del mal, el amor del odio, el dar del tomar. Por ello, la relación ética debe ser interrumpida en virtud del requerimiento de justicia.

La ética como defensa de la relación cara-a-cara e irreductible a la totalidad constituye un modo de resistencia. (a ella) La crítica de la totalidad estaba centrada en aquella defensa de la irreductibilidad del Otro, sólo posible en la medida en que el rostro es lo invisible mismo. En De otro modo que ser (...) el rostro se sitúa en la ambigüedad visibilidad/ invisibilidad en un claro movimiento de re-totalización. El tercero introduce la noción de justicia institucional y para ello, resultará imprescindible cierto retorno a la ontología atravesada siempre por lo irreductible del vínculo ético. Política, ontología y ética estarán así siempre ligadas. Si el rostro es visible e invisible a la vez es porque la multiplicidad representada en la figura del tercero, conlleva la necesidad del orden político. Dos interpretaciones posibles respecto del tercero: en la primera, encarna cierta exterioridad respecto de la relación ética entre el Otro y el Mismo; la segunda, excluido de esa relación sólo se presentaría, interrumpiéndola; como sí el orden político fuera necesario con posterioridad.

La justicia debería establecerse a partir de una doble injusticia original: la de exclusión del tercero y la ignorancia inicial de sus posibles heridas. En la misma relación ética está implícita la problemática política. Una y otra serían simultáneas revelándose la violencia potencial intrínseca a la ética. La figura del tercero no representa tan sólo el Otro del Otro sino los Otros del Otro, el hecho mismo de que en el mundo es desde el inicio un mundo social. La figura del tercero tal y como se la presenta en De otro modo que ser (...) es intrínseca a la misma relación ética. Ética y política -inseparables de hecho- describen la complejidad del encuentro con el Otro. La política no debe

quedar nunca librada a sí misma. El esfuerzo levinasiano no puede significar la negación del hecho evidente de la existencia de un mundo problemático, social y político. Mostrar el olvido de la alteridad del Otro y su reducción a la mismidad no debe justificar el olvido de la problematicidad política atravesada por la multiplicidad. Que el rostro sea el Otro y el tercero a la vez da cuenta que para no absorber su alteridad, el Infinito se torna invisible pero a su vez, está inmerso en un espacio común con Otros. Dicho esfuerzo está acompasado por Derrida quien señala que si toda amistad es de alguna manera política, la amistad -estrictamente o propiamente política- no es más que una especie de amistad. Se trata de una amistad que no se funda ni en la virtud, ni en el placer sino en la utilidad. La amistad que se llama política está fundada en la asociación o en la comunidad con vistas a lo útil. Dos son los rasgos de lo político: comunidad y derecho. La amistad fundada en lo útil es justicia política (Aristóteles). La amistad política quiere la igualdad. Tiene como proyecto decidido y declarado el de estar fundada en la igualdad. Situación que contrasta con la visión liberal individualista que celebra la sociedad de consumo y la libertad que ofrecen los mercados. La igualdad como ideal democrático se ve afectada. Aquella filosofía política antigua proponía el conflicto entre lo bello y lo útil: la amistad ética es ciertamente más bella; pero la amistad útil es más necesaria ya que exige la concordia, el acuerdo, el consenso. Sin embargo, la responsabilidad viene del otro antes de todo “socius” organizado, antes de toda “politeia”, antes de todo “gobierno” determinado, antes de toda “ley”. Se responde primero al otro y ante el otro. El otro heterónimo excede, sobrevive, sucede, desborda la autonomía. Se trata de pensar una alteridad en la raíz de la democracia. Quizás ya sea el tiempo de separar el liberalismo de la democracia.

Lo interhumano se ciñe entre el amor ilimitado de la ética y el hecho mismo de la multiplicidad social. Entonces, ¿a quién dar el pan? En Totalidad e Infinito, la justicia se define dentro del campo propio de la ética. La justicia es la respuesta “Heme aquí” ante el llamado del Otro, ante un rostro que limita mi

poder y a la vez converge en la más absoluta fragilidad: resistencia del rostro, que hace del asesinato del Otro un imposible ético pero que a la vez –irremediabilmente-, abre a su posibilidad. Esta noción de justicia –en la que el Otro cuestiona mis poderes- supone un vínculo asimétrico por el cual, el dar jamás será recíproco. En la relación ética no le es otorgada al Yo la posibilidad de exhibir su misma alteridad. Ante la trascendencia del Otro, el Yo no podría replicar con su propia trascendencia. El exceso de dar el propio pan no podría esperar la garantía próxima del propio alimento. En De otro modo que ser (...) se prescribe la responsabilidad como unilateral. No puedo esperar que el Otro sea responsable de la alteridad del Yo. En ese texto señalado, la justicia se redefine y sitúa en el campo político, en el terreno de la institucionalidad, del Derecho. Ahora y desde la entrada del tercero, la justicia sólo puede concebirse a partir de la simetría entre las personas. La creación de un espacio común de igualdad, de deberes y derechos sólo puede ser garantizado mediante el principio de igualdad ante la ley. Esto revela la insuficiencia de la ética ya que las heridas infligidas de unos a otros en el ámbito de la multiplicidad conllevarán la necesidad de tematización, de la comparación y de la conciencia. La relación ética asimétrica no basta para establecer la posibilidad de la justicia. La relación con el Otro es de asimetría<sup>11</sup> y simetría

---

<sup>11</sup> En el cara a cara –en su curvatura bidimensional desigual- yo no soy jamás el Otro y el Otro es jamás yo. Yo y tú no están en posiciones intercambiables, ninguno de los dos puede alternativamente tener el mismo rol u ocupar lugares indiferentemente. Ésta caracteriza la relación ética. La diferencia es siempre del Otro. El Otro llama y yo respondo, pero sin jamás poder evitar oír y esta estructura responsiva de mi subjetividad me expone, en un “Heme aquí” no elegible. Este llamado que viene del Otro me llega desde su rostro cuya fragilidad me somete por la altura trascendente desde donde me asigna a la urgencia de su requerimiento. A esta trascendencia yo no puedo replicar con la exhibición de mi propia alteridad, de mi rostro. La ética es ética porque es asimétrica: donde el sujeto está ordenado a la proximidad de un prójimo. Esta unicidad no anula sin embargo la pluralidad. Junto al prójimo hay otro prójimo, el tercero. El Otro no está jamás frente a mí: la relación ética absoluta e inmemorialmente originaria no absorbe en ella, lo que viene después de ella. “La relación ética o asimétrica convoca a una simetrización. Me obliga a comparar las instancias del Otro frente a mí y los requerimientos del tercero de cara al Otro, a entrar así en una tonalidad determinada, destinado a tomar a cargo las modalidades de la comparación y a

a la vez. Ética y Política no se confunden pero la asimetría y la simetría están simultáneamente presentes. Ambas resultan insuficientes por sí mismas y existe dependencia mutua para su realización.

La insuficiencia de la ética consiste en la imposibilidad de la resolución de relaciones interhumanas en un mundo de multiplicidad. Levinas tiene la sospecha que la justicia no debe agotar la resolución de las relaciones interhumanas. La tematización, la comparación, el movimiento totalizador –intrínseco a toda instancia institucional- implican “per se” cierta violencia a lo propiamente humano, en la medida en que la alteridad del Otro queda anulada. Si la figura del tercero muestra el límite de la relación ética y convoca a la justicia; la alteridad del Otro hace de la institucionalidad política un régimen que debe estar bajo interrogación. La violencia es propia del movimiento totalizante que implica la institucionalidad política. Si la figura del Otro no debe negar la aparición del tercero; este no debe negar la irrecusable responsabilidad de la subjetividad hacia el prójimo. Si bien es cierto que la ética resulta insuficiente y hace falta el orden político; no es menos cierto lo inverso. La política para establecerse como un orden justo no puede prescindir de la ética. Levinas se esfuerza por mostrar que la institucionalidad política nunca debe quedar librada a sí misma. La justicia no resuelve por sí la complejidad de lo interhumano. Levinas propone el mantenimiento de una subjetividad absolutamente irreductible a la totalidad.

¿Resulta posible cuestionarse sobre la suficiencia de librar a la justicia frente al problema generado por la entrada del tercero? Levinas señala que la noción de justicia no debe quedar reducida al aparato legal. La problematicidad de la multiplicidad de

---

prevenir posibles violencias. No puede haber inscripción política más que en la simetrización de todas las relaciones, es esto en realidad lo que autoriza la producción de la igualdad, de la reciprocidad de los derechos y de los deberes y la reversibilidad de los lugares y las funciones.” Gérard Bensussan. Levinas y la cuestión política en Levinas y lo político. Pablo Dreizick (compilador), Prometeo libros, Buenos Aires, Argentina, 2014, (p. 226).-

lo político tampoco puede resolverse en el ámbito meramente jurídico. De acuerdo con Levinas, la subjetividad se constituye como resistencia a lo jurídico, firmeza en que las lágrimas del Otro no queden absorbidas en la totalidad, como si la defensa de la alteridad del Otro se encarnara en un sujeto ético que es para-el-otro. No sólo el sujeto ético -abierto al rostro del Otro- se opone a una institucionalidad devenida injusta sino también, a una concepción que permita que una subjetividad política se oponga a tal institucionalidad en el seno mismo de lo político. No hay en Levinas análisis acabados de la subjetividad política, no hay tampoco un sistema político claro en él; hay sí la denuncia de los peligros que la totalidad acarrea y encierra. Frente a la experiencia histórica vivida considerará a la ética como la dimensión privilegiada de su análisis. Al Estado total Levinas le opone la apertura al Otro. Ante la tiranía, construye una ética que evita la soledad absoluta de lo político. La figura del tercero no instaaura únicamente la cuestión de la justicia (propia del Derecho) sino que apelando a la conciencia llama a la responsabilidad política, definiendo el paso de la responsabilidad ética a la responsabilidad jurídica y política. Si la responsabilidad ética se constituye a partir del desinterés –dejando de lado el privilegio de preservar el propio ser-; la responsabilidad política se instaaura porque el sujeto, frente al tercero –siempre presente en el rostro del Otro- no tiene derecho a aislarse de la multiplicidad y de los problemas que esa suscita, revelando la necesidad de instaurar el orden estatal. En suma, la ruptura de la totalidad dio lugar a la alteridad irreductible del Otro; el retorno a la re-totalización no deberá implicar una nueva reducción de la alteridad. La política cristalizada en el Estado no deberá anular el desinterés, ni la responsabilidad irreductible.

En Paz y proximidad, analiza la noción de paz en sus dos acepciones. Por una parte, vinculada con la proximidad propia de la ética, donde la proximidad se caracteriza como el vínculo entre el sujeto y el Otro; allí la responsabilidad ilimitada e irrecusable del Yo se cristaliza en términos de una paz para una sensibilidad en la que el escándalo del asesinato no se

acalla incluso cuando la violencia es racionalmente necesaria. La muerte del Otro y la violencia ejercida no dejan de permanecer en el orden del escándalo inaplazable, injustificable, irreconciliable. La responsabilidad se define aquí en términos de disposición sensible ante el asesinato del Otro. Se caracteriza por no darse en términos armónicos. Esta responsabilidad –ante la muerte del Otro- no deriva de elección propia sino de la disposición sensible del sujeto como pasividad absoluta. Esta proviene de la relación anárquica del cara-a-cara. El sujeto se constituye como único y elegido. En su carácter vulnerable ante el rostro del Otro no puede ser absorbido en totalidad alguna. Paz en relación con una alteridad irreductible que termina siendo relativa. Paz, independiente de cualquier pertenencia a un sistema, independiente a la totalidad, refractaria a la síntesis.

La paz ética no se da en términos de reconciliación con un orden. Sólo es posible a partir de la apertura a la alteridad del Otro. La paz política –reconciliación de lo irreconciliable- será siempre preferible a la guerra. En un mundo de hostilidades<sup>12</sup>,

---

<sup>12</sup> No existe documento alguno en el que se compruebe que Levinas haya leído a Carl Schmidt. Ahora, si hay autor contra el cual se enfrenta y discute es precisamente contra este. Para Schmidt la figura del amigo/enemigo sería la posibilidad conceptual y práctica de fundar lo político o de tener un concepto riguroso de la especificidad política. No sólo entre lo público y lo privado sino entre la existencia pública y la pasión o el efecto comunitario que vincula a cada uno con los otros, como miembros de la misma familia, de la misma comunidad étnica, nacional, lingüística. Para Schmidt el concepto de Estado presupone el concepto de lo político, y no a la inversa, incluso si el Estado –modalidad particular del modo de existencia del pueblo (Volk)- tiene fuerza de ley en los momentos decisivos y en consecuencia constituye el Estatuto mismo. El Estado es el Estatuto, es lo único que puede dar estatuto a lo político. El Estado presupone lo político. El análisis de lo político tiene que privilegiar la forma estatal de esta configuración: el amigo o el enemigo como ciudadano. La despolitización se traduce –según Schmidt- en un movimiento político que tiende a fortalecer la política de partidos y a debilitar el Estado. Cuando la idea de la unidad política –la del Estado- pierde su fuerza, los antagonismos internos superan en intensidad la unidad o la comunidad que regula la política exterior. La posibilidad real de lucha refiere a la guerra civil. Esta debilitación del Estado requiere la “pacificación inter-estatal” y hace surgir el concepto de enemigo del interior, público, (polémios u hostis). El enemigo es siempre público. Se interroga Derrida: ¿Cómo puede Schmidt privilegiar el Estado y ver como simétricas la guerra exterior y la guerra civil cómo si el enemigo fuese extranjero o conciudadano? Schmidt describe la guerra civil como una guerra con vista al Estado, una guerra entre

un mundo sin rostros donde sólo habrá lugar para el Otro en la teoría, la paz política se torna un dilema. Ésta es convocada a partir de la posibilidad del daño entre el Otro y el tercero. Ella castiga pero no repara. La paz lograda políticamente siempre es un proceso abierto a la relación ética de proximidad, a la imposibilidad de reconciliar el dolor del Otro. Entre ética y política siempre hay una tensión que jamás deberá desaparecer para que el orden de lo irreparable no quede absorbido en la reparación. Si el sufrimiento del Otro es lo inasumible, la paz de la totalidad deberá estar atravesada por la paz del desinterés a fin de que el dolor del Otro no permanezca en el orden del sinsentido.

A partir de aquí, ¿cuál es el modelo político levinasiano? La necesidad del orden institucional tiene por finalidad<sup>13</sup> el límite

---

un Estado debilitado y un Estado potencial por constituir. Una guerra por la conquista o reconstitución del poder del Estado. La guerra es una lucha armada entre unidades políticas organizadas; y la guerra civil, es una lucha armada en el seno de una unidad organizada. La lucha siempre es armada. La muerte implicada en el concepto de enemigo no es natural, es violenta puesto que el enemigo tiene que ser matado; ni tampoco, un asesinato, puesto que matar en la guerra no se considera crimen. Schmidt define el antagonismo o la oposición como como teleológicamente política. Define la negación oposicional mediante lo político. Este concepto de la hostilidad —único concepto propiamente político de lo político a los ojos schmidtianos- es también un concepto ético (Hegel). Para Hegel —algo que los pensadores modernos procuran olvidar y ocultar- el enemigo es la diferencia ética. Pensado desde la “vida absoluta” en lo “eterno del pueblo”, diferencia que constituye el extraño que ha de ser negado en su totalidad viva. Tal diferencia es el enemigo y la diferencia contemplada como relación es -al mismo tiempo-, oposición del ser a los opuestos, es la nada del enemigo. Para la ética hegeliana este enemigo sólo puede ser enemigo del pueblo y a su vez no puede ser sino un pueblo. Esta guerra —dice Hegel- es de pueblos contra pueblos y con ello, el odio queda indiferenciado. Schmidt pasa del ser-enemigo al reconocimiento del enemigo, a su identificación. Identificación que conduce a identificarme a mí mismo, con el otro, con el enemigo. ¿A quién puedo finalmente reconocer como mi enemigo? Sólo a aquel que puede ponerme en cuestión. Sólo yo mismo, o mi hermano. El otro se revela como mi hermano y el hermano se revela como enemigo. El enemigo habita o alberga en la pregunta. Es nuestra propia pregunta como figura. No puede uno ser puesto en cuestión más que poniéndose a sí mismo en cuestión. Hacer del enemigo aquel que es a la vez el más próximo: yo mismo o mi hermano. El uno no excluye al otro. Gracias a mi hermano soy el otro, y el más próximo es el más lejano, el más propio el más extranjero. El enemigo es el otro.

<sup>13</sup> El modelo político de Levinas se define como contra modelo del hobbesiano. Para Hobbes la guerra potencial de todos contra todos —propia del estado de naturaleza- desemboca en



de la relación ética. La necesidad de la institucionalidad política está dada por la virtuosa incapacidad de la ética de no poder dar cuenta de la constatación de la multiplicidad. La figura del tercero reclama un Estado donde la justicia sea posible. Para Levinas, el Estado no se fundamenta en la mera limitación de la guerra. El Estado surge como limitación de la proximidad, relación ética más allá del ser. La instancia a-política es una relación anárquica donde el sujeto –único y elegido- se constituye como responsable ante el rostro del Otro. La responsabilidad significa que el sufrimiento y la muerte del Otro son prioritarios. Ello no implica en modo alguno anular la ética del desinterés. Levinas propone un Estado de la justicia que surgido de la limitación de la ética del cara-a-cara, presente una suerte de totalidad permeable atravesada por la ética, donde no absorba la alteridad del Otro. Levinas muestra que antes incluso de ser una noción política, la justicia es, la responsabilidad ante el rostro del Otro.

La ética resulta una instancia a-política porque el principio de la responsabilidad se sitúa de manera independiente del conocimiento y del ser, independiente de toda tematización. La

---

el poder otorgado a la espada común. El Estado se constituye con la finalidad suprema de la conservación del propio ser, puesta en peligro por el estado de naturaleza como consecuencia de la guerra de todos contra todos. El paso del estado de naturaleza a la constitución del Estado se produce por la renuncia a todos los derechos con excepción del derecho de conservarse en el propio ser. La razón de esa renuncia no es sino salvaguardar la propia vida amenazada en la guerra potencial de todos contra todos. Para Hobbes la conservación –la seguridad de una persona humana, de su vida, de modo no gravoso- es la ley fundamental de la naturaleza. La preservación de la propia existencia es la razón de ser del Estado y por ello, su límite. El Estado no podrá con justicia exceder ese límite en contra del principio por el cual fue creado. En términos levinasianos, el Estado de Hobbes no deja de estar fundado en la ontología o en el interés de la esencia; no dejando de ser otra cosa que la garantía de este interés. La ontología –preservación del propio ser- es la razón última de la instancia política; por fuera de ésta, sólo existen individuos egoístas que temen por su propia muerte. El sufrimiento del Otro se justificaría en pos de la conservación del orden. En el Leviatán la idea de justicia sólo tiene sentido en la medida en que se instalan leyes positivas. Fuera de la institucionalidad sólo rigen las leyes de la naturaleza que no proporcionan la medida para el juicio y el castigo. En esa guerra de todos contra todos –señala Hobbes- nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad; justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. La instancia previa a la política es una suerte de anarquía, donde no tiene sentido alguno plantear algún tipo de justicia.

relación ética anárquica –ahora descrita en términos de justicia- será el primer sentido o significación. El Estado justo no puede olvidar el desinterés; así como tampoco de la responsabilidad para con el Otro. La política debe permanecer atravesada por la relación ética, evitando con ello que lo político engendre totalidades cerradas. Si el Estado surge a partir de la limitación de la ética, ésta debe ser su finalidad. La razón del orden estatal es la de brindarle al tercero la posibilidad de justicia. La ética es el exceso de dar al Otro: doy la totalidad del pan de mi boca al Otro; es este dar ilimitado. Siguiendo a Hegel –pero también a Levinas- en el Estado deberá recaer esta obligación. El Estado justo es el que cumple con aquello por lo que fue requerido. Un doble cuestionamiento somete al Estado: su legitimidad depende de que no se anule la relación del cara a cara, que permanezca como totalidad esta vez porosa, permitiendo que la política esté atravesada por la ética; por otra parte, deberá evaluarse si con ella se permite alcanzar la justicia, finalidad por la que el orden estatal ha surgido.

Si el Estado no trasgrede el límite de la ética, si no absorbe la relación ética del “cara-a-cara” y si da un marco de legalidad abierta por el cual se garantice la justicia, estaremos en presencia de una forma estatal deseable. Si el Estado surge demarcando el límite de la ética; la ética, es -a la vez-, el límite del orden estatal. La relación cara-a-cara es la medida para establecer si se está frente a un Estado justo. La política debe poder ser siempre controlada y criticada a partir de la ética. Con ello, la política revela su carácter perfectible. La ética se manifiesta como límite<sup>14</sup> a la política y es lo que da derecho a la resistencia o rebelión. La justicia como orden que busca reparar lo irreparable. La herida clama justicia. La justicia como escucha del dolor, dando sentido al sufrimiento del Otro pero también, como la

---

<sup>14</sup> El límite del Estado no puede trascender la finalidad que le ha dado origen. En J. Locke es fundamentalmente, la protección de la propiedad privada. En T. Hobbes, el Estado no puede atentar sin causa contra la vida de los individuos, pues fue creado con el fin de conservar la vida. En cualquier caso de transgresión de estos límites posibilita el derecho a la resistencia.

posibilidad de evitar la impunidad, como el orden que busca reparar lo irreparable. La relación con la alteridad (del Otro y del tercero) convoca a aquello que la ética prohíbe: el sentido del sufrimiento del Otro. La ética -en cuanto imposibilidad de otorgar un sentido al sufrimiento del Otro- se sitúa -respecto de lo político-, en una exterioridad; como si una y otra no debieran rozarse, como si una y otra trazaran caminos diferentes que jamás habrían de encontrarse. El orden estatal -dentro de la perspectiva levinasiana- adviene de la limitación de la relación cara a cara. Encuentra su fundamento en la posibilidad de justicia para el tercero, incluso para el Otro. El tercero convoca a la justicia -el orden de la igualdad donde se compararan los incomparables-.

La razón de ser del Estado -en tanto limitación de la ética- no es otra que la de brindarle justicia al tercero. Lo político no se funda a sí Mismo. La justicia del orden institucional -para Levinas- debe ser considerada a partir de la justicia de la ética de la proximidad, de la apertura a la alteridad del Otro. El orden político no significa trastrocamiento o suspensión de la ética sino una reparación de las heridas del tercero que también es Otro. Ética y política están en continua tensión. Aquello que busca evitarse es que la totalidad política se presente como cerrada sobre sí misma a través de cierta permeabilización de lo ético. Aquello que busca evitarse es reducir la alteridad del Otro a la lógica de la totalidad al absorber la relación ética del cara-a-cara. Ahora bien, el orden estatal atravesado por la ética se establecerá como una suerte de contra modelo. La finalidad del Estado no debe recaer en su propia conservación sino en la garantía de justicia del tercero, de la que la ética no puede dar cuenta y cuya finalidad es la corrección constante de la asimetría y desigualdad. La justicia repara o corrige las heridas del tercero que la ética ha dejado de lado, reparando lo irreparable, remendando el dolor del Otro. Hay en lo político cierto olvido de la alteridad del Otro, aquel exceso que prohíbe el sentido de su sufrimiento, como si la ética permaneciera por fuera de la política sin poder rozarla.

La filosofía de Emmanuel Levinas busca dar cuenta del “humanismo del otro hombre”, del sentido que tiene la vida en virtud de la responsabilidad para con el Otro. La desgarradora historia del siglo XX (de la que él y su familia fueron víctimas) le permite intuir que el totalitarismo político es resultado de un totalitarismo ontológico. Subsumir a la humanidad bajo una idea hace que se piense a partir de la ontología y estalle en la política. Su reflexión es el resultado de un apasionante diálogo con la tradición filosófica occidental que siempre ha hecho de la ontología, la filosofía primera. Levinas objetará una ontología que sacrifica a lo Otro en aras de la verdad, del conocimiento, de la objetividad, de la totalización del desentrañamiento del ser.

Frente a una ontología que vuelve inmanente el mundo exterior a la conciencia del sujeto, Levinas reclama por el olvido del otro hombre. ¿Cómo es posible establecer como filosofía primera a la ética? Definiendo a la filosofía bajo la idea del cuidado y responsabilidad por el otro hombre. Una ética que reconoce siempre una exterioridad que se rehúsa a ser integrada. Estamos en presencia de una razón más moderada. No se trata de renunciar al carácter racional de la ética sino hacer ver que la ética deriva de la razón. Levinas impugna la subjetividad trascendental de la talla de la fenomenología; sospecha del egoísmo del Dasein heideggeriano; denuncia el solipsismo del ego cartesiano; desconfía de la filosofía griega en general y de la hegeliana en particular, que siempre han reducido lo Otro a lo Mismo. A partir de aquí, ¿Qué propone nuestro autor? Un sujeto responsable por el otro hombre. Una ética pensada como el resultado de un diálogo con la tradición que la posibilite como alternativa a la ontología. ¿Cuál es su punto de partida? El de la extrema fragilidad, el de la demanda, desde el otro pobre. Es lo superlativo de la debilidad, es tan débil que exige. Son lo apátridas, los oprimidos, los pobres, los sin hogar, las viudas, los huérfanos. Son los vulnerables que siempre son y serán posibilidades que no pueden ser estructuradas de acuerdo a un esquema político. Son aquellos a los que W. Benjamin llamaba “los derrotados y los muertos”.

En *Totalidad e Infinito* Levinas señala a la ética como filosofía primera. No es el yo quien determina lo verdadero sino el Otro. La verdad es un encuentro con el Otro (diferente), es una manera de relacionarse con él. Tal relación sólo se puede entender a través de la responsabilidad. El Otro desconcierta a la conciencia que lo mira. Del Otro no hay un contenido que lo llene de significado. El Otro ya no es immanente, es trascendente y exterior, es inalcanzable, es Infinito. Esta afirmación de la ética como filosofía primera resultará problemática puesto que la filosofía primera debe ser una filosofía de fundamentos –que para Aristóteles estaba más cerca de la ontología que de la ética-, metafísica. La ética no podría ser una filosofía de fundamentos ya que necesitaría dar cuenta de lo evidente, de demostraciones racionales, de lo apodíctico, de un fundamento claro e indubitable a partir del cual, se puedan deducir lo demás argumentos.

La ética -según Levinas- es en encuentro responsable con el Otro y por ello, no es una filosofía de fundamentos. El Otro no se puede encerrar en categorías conceptuales ya que de hacerlo, sería el Mismo y no el Otro. El fundamento es el Otro, ya no más el yo. Si hay Otro exterior al yo, e irreductible a la conciencia, no es el yo el criterio de verdad; tal criterio es el Otro. La verdad es ética. Es un encuentro responsable con el Otro. Levinas no establecerá normas ni criterios de comportamiento; no examinará el contenido de conceptos tales como: Bien, libertad o deber. Nada dice acerca de qué consiste la vida buena. No elabora una teoría de la justicia, ni pautas de evaluación para máximas generales. La reflexión levinasiana se centrará no en contenidos concretos y específicos de lo que hay que hacer, o criterios de validación de lo que se hace. Levinas habla de ahondar en la “naturaleza ética del hombre”. Ésta es previa a lo empírico e histórico y a lo ontológico, anterior a las decisiones y a las acciones, incluso a la reflexión sobre ella.

En un texto tardío Levinas marca: “En Europa, pobreza y riqueza miden la nada y el ser” Por eso, el ser es; y la nada, no es, es el no ser. De la nada, nada puedo exigir; el Ser, Europa y

Occidente justifican la riqueza. El ser mide la riqueza; la pobreza es medida por la nada. Sólo el ser nos hace ser: occidentales, racionales, nos da identidad y nos encadena a ella. Nos vela los ojos para que no podamos ver a los Otros. Desplazar al ser del centro es salirse de Europa para ir a lo otro. Levinas parte de que el pensamiento filosófico es única y exclusivamente ontología, pensamiento del ser, de lo Mismo con la exclusión de la diferencia, de lo otro y más concreta y drásticamente, del Otro. Evadirse es romper el encadenamiento del ser, al propio ser, a la propia identidad, a la brutalidad de la propia existencia. Postula una subjetividad donde el sujeto renuncia a sí para afirmar a los Otros. Levinas propone un ser para los Otros dejando de lado un ser para sí, egoísta. Para nuestro autor, el existir precede al existente. Pero sólo el existente puede dar cuenta del ser. Si el ser es anterior al ente, el existir antecede al existente. En el simple y puro existir no podemos decir que hay algo, pero tampoco podemos decir que haya nada, pues afirmarlo es ya decir algo, afirmar que la nada es de algún modo.

El camino por el que se adentra sugiere que simplemente, Hay, entendido como la ausencia de todo, incluso de la misma nada. El Hay es el ser en general: lo único que hay es el existir. De él no va a nacer el existente, sino que va a tomar conciencia como yo, como identidad, como mónada. El Hay es anónimo, no ha surgido el existente que se afirme con nombre propio. Es la conciencia lo que caracteriza al existente. Antes de tener conciencia, simplemente Hay. Hay el existir pero no el existente. Para que haya algo debe ser nombrado y sólo esto puede ocurrir a través de la conciencia y ella es lo que primero, se diluye en el Hay. Primera noción de tiempo en Levinas: como puro y simple Hay. El existente surge, cobra conciencia de sí y se vuelve un yo. El existir ha sido dominado por el existente que ha adquirido conciencia, la noción de tiempo, de sí Mismo, de libertad y de poder (hipóstasis). Segunda manera de concebir al tiempo, como liberación del existir anónimo. Liberación siempre limitada ya que se trata de un encadenamiento del yo a sí Mismo. Cobrar conciencia de sí es cobrar conciencia del

cuerpo y de que la existencia acarrea un peso. Hay en Levinas angustia ante el ser y los Otros. No es miedo a la nada (Sartre). El yo es poder que se impuso al Hay y se justifica ante los Otros a través de la responsabilidad. El yo se constituye como un existente que se revela ante el existir anónimo. Al revelarse adquiere conciencia de sí, encadenamiento responsable por sí Mismo, pero en soledad. Hace falta desear lo otro para hacer de la existencia algo soportable.

Levinas plantea –contrariando a la tradición- la posibilidad de erigir una ética sin ontología pero sí, fuertemente vinculada con la metafísica. Una ética que responda antes de conocer el ser, pues se justifica en la responsabilidad por el Otro. Ser es, ser responsable. ¿Cómo entender la metafísica sin ontología? Por ontología se entenderá al intento en el que el yo procura atrapar lo otro a través de las categorías del pensamiento. La ontología es violencia ante lo otro, es la persistente negación de la alteridad. Es convertir en inmanente al yo y todo lo que está fuera de él. La metafísica reconoce que el Otro es trascendente al yo, se le reconoce la diferencia y al mismo tiempo, las limitaciones del yo respecto al Otro al momento de aprehenderlo. Lo Infinito se convierte en un término solicitado a la metafísica. Sólo a partir de que la metafísica renuncia a la pretensión de agotar lo Otro; la ética se entiende –al igual que la ontología- como una relación. Aquí esa relación guarda distancia respecto del Otro. No se trata de violencia alguna sino de responsabilizarme de él. Proximidad es acercarse. Dice Levinas –al hablar de la caricia-: nunca lastimar, aprehender u oprimir la piel del Otro. El Otro es próximo; sin embargo escapa a su total aprehensión. La relación con el otro hombre es metafísica porque el Otro sobrepasa la capacidad que el yo tiene en la conciencia; y es ética, porque a pesar de sobrepasarlo, es responsabilidad por él.

Totalidad e Infinito plantea una distinción entre el yo, que equivale a lo Mismo con respecto a lo otro; o el Otro que es justamente aquel que me mira. El Otro no es meramente, otro yo; es lo que yo no soy. El Otro es el prójimo, el próximo. No exige reciprocidad en su ética. El rostro es siempre desnudez

que solicita cobijo. El yo está en la excedencia y por eso la puede derramar hacia el Otro. Jaque a las filosofías dialógicas. ¿Cómo es posible la reciprocidad cuando del Otro no puedo esperar lo mismo que doy? Levinas afirma una filosofía de la diferencia donde el Otro no es igual al yo de la mano de una ética no dialógica.

Al Otro no lo podemos responsabilizar del yo. El yo va en búsqueda del Otro, no para neutralizarlo sino para pararse responsable y paralelamente ante él. Nuevamente, el cuerpo es sensibilidad, es receptor de la sensibilidad del Otro, es el criterio que distingue al yo del Otro; pero a la vez es el vínculo entre ambos. Permite que el yo sienta al Otro. El cuerpo es la posibilidad del afecto y de la solidaridad, es la posibilidad del encuentro, es la apertura al contacto, al acercamiento, el elemento que permite tocar y ser tocado. El rostro del Otro es un escándalo para el yo toda vez que los Otros fijan la mirada del rostro en el yo demandando responsabilidad infinita. Hace notar Levinas, al yo que está sólo como cuerpo. El rostro irrumpe, es siempre Infinito, no aprehensible, escapa a la conceptualización, no consciente. Es lo exterior en grado extremo. No es fenómeno, es epifenómeno. Es lo trascendente, lo metafísico, lo inmemorial. La ética de la responsabilidad supone: un rostro que demanda; y un yo que salga de sí para ir en busca del Otro. El rostro es la irrupción de lo otro que no se deja reducir a representación, concepto o tema. La conciencia de responsabilidad para con todos es lo único que Levinas intentará elevar al rango de universalidad<sup>15</sup>. Sólo así se admitirá una igualdad entre los hombres. Lo que los haría iguales sería que todos sean declarados responsables por el otro hombre.

---

<sup>15</sup> Levinas rompe con la totalidad precisamente en virtud de que las situaciones concretas son las que impiden la universalidad. Los hombres son iguales en el plano cognitivo, en cuanto tienen las mismas facultades para acceder al conocimiento del mundo. El Otro se constituye en el plano de lo cultural, de lo histórico, de lo económico; de todas las condiciones que nos hacen notar que en esos términos, resultaría absurdo hablar de igualdad.



¿Cuál es el mecanismo por el cual la ética de la responsabilidad por el Otro resultará posible? El yo no ha elegido su existencia y está amparado en una responsabilidad que nunca ha estado en su decisión. Entonces, si el yo no ha elegido su existencia tampoco su responsabilidad. Es la responsabilidad (siempre excedente) la que lo ha elegido. Es una responsabilidad por los Otros y no sólo por mí, incluso por lo que el yo no ha hecho. Es la responsabilidad antes que la libertad. Levinas propone ir más allá con una responsabilidad ética que no sólo responde por lo que el yo ha hecho sino por los actos del Otro. El yo se acusa de ser culpable por los Otros. Responsabilidad indeclinable, sin conocer las causas de aquello a lo que hay que responder. Una responsabilidad desde la ética impone un mandato que viene implícito en el rostro del Otro. Una ética desinteresada –más allá del horizonte del tiempo- que no apele a recompensa mediata o inmediata por aquello que hace por la alteridad.

Vistas las cosas desde esa óptica, se trata de un sujeto que se vuelve rehén del Otro y no meramente responsable. Un sujeto que renuncia a sí Mismo para encargarse del Otro, siempre pendiente del prójimo, próximo a él. Ser rehén del Otro implica quitarse el pan de la propia boca; desvelarse por él, sentir la angustia que el Otro esté en peligro. Implica comprometer la propia existencia. Tiempo diacrónico a partir de la relación con los Otros y donde el yo ya no es más el centro que determina la duración del tiempo. El tiempo se mide por la independencia y dinamismo del Otro respecto al yo. El tiempo es asunto de un sujeto en su relación con los demás. El tiempo es asimétrico. El Otro es para un tiempo al que el yo no alcanzará a vislumbrar en su relación con el Infinito. Si el tiempo es inmemorial, pasado y futuro se miden desde la alteridad, no ya más desde el yo. El pasado no es mío sino del Otro; pero el futuro también. Sólo el presente es presente del yo, pero tal presente solo viene dado del pasado, es decir de lo otro para vincularlo a un futuro, que es también futuro para el Otro. Una subjetividad reducida a la responsabilidad. En De otro modo que ser (...) se explica la figura de un sujeto rehén; ya no más soberano sino a disposición del

Otro. Sustitución que rompe con la esencia del ser. Un sujeto rehén es el sujeto ético sometido a la alteridad; un sujeto pasivo que se deja dominar por el orden de la responsabilidad. Se trata de dar siempre al Otro sin esperar nada a cambio. El yo es infinitamente responsable del Otro; pero el Otro no tiene responsabilidad para con él. La no reciprocidad salva al Otro de la violencia.

De nuevo, ¿Quién es el Otro sino aquel vulnerable? Si se demanda al yo es, porque sólo él es quién puede aportar la responsabilidad. Ser yo es soberanía pura, poder, fortaleza. Ser yo es siempre exceder los límites del poder. Alguien que se somete –como acto de excedencia- a dar lo que tiene en una ética de la justicia. En la esfera de la responsabilidad ser yo es ser irremplazable por el Otro. La sustitución apela a que el yo ocupe el lugar del Otro; hace del yo un ser para el Otro. La alteridad no es la negación del ser. Para Occidente ser coincide con la esencia asociada a la identidad, idéntico a sí Mismo y al otro hombre. La alteridad viene dada desde un más allá de la esencia, viene de un pasado que el yo no puede recordar. La alteridad invoca a una trascendencia más allá del ser mismo. Por eso, el ser es una limitación de la alteridad.

Más allá del ser está lo Infinito. Recibir (acoger) al Otro, más allá de la capacidad del yo es tener idea de lo Infinito. Una trascendencia dentro de la esfera del ser, resulta una inmanencia. Levinas intuye que ser o no ser quizás no sea una cuestión relevante para la filosofía. A lo mejor lo sea –quizás por primera vez- cómo el ser, se justifica a través de la responsabilidad.

Tal responsabilidad es siempre por el Otro, por Otro que no es idéntico al yo sino diferente, más allá de la esencia, a lo otro que ser. El yo no sería ya una sustancia sino una relación. El hombre es abordado como un ser que padece hambre y frío. En la oscuridad está lo otro, lo que no es luz. Entender al sujeto como ser para Otro donde el sentido de la vida se da en comunidad con la alteridad. Es el Otro el que justifica mi ser. Responsabilidad infinita tendida al Otro donde el yo aprehende

del Otro algo que no estaba desde el principio mismo en él (recordemos que para el pensamiento griego aprehender es recordar desde una suerte de hegemonía epistémica) y en tal encuentro desplegar su humanidad. Ahora el Otro ya no es más negado sino que enseña su diferencia. La verdad –siendo de corte ético e independientemente de aquello que se entienda por ella- está en el Otro. Edmond Jabés decía que la singularidad es por sí misma subversiva.

II. El diálogo filosófico entre Derrida y Levinas consta de cuatro textos: tres, firmados por Derrida (*Violencia y metafísica*, 1964; *En este momento mismo en esta obra heme aquí*, 1980; y *Adiós a Emmanuel Levinas*, 1997 y; sólo uno por Levinas (*Completamente de otro modo*, 1973). Entre ambos autores hay una referencia silenciosa, constante, sostenida, empática respecto del discurso de cada cual. Derrida utiliza una metáfora interesante para explicar esta relación cercana: afirma que la herencia nos precede y nos elige, nos invoca antes de que podamos elegirla, y que de alguna manera, estamos obligados a responder a ese legado. Este planteo influye a todo discurso sobre la responsabilidad entendida como algo que procede de lo otro y no de la autonomía del sujeto. Siempre el responder –“de”, “a”; “en su nombre”- nos es asignado como herencia. Esa pasividad inherente a la recepción debe ir acompañada de la decisión de decir sí a aquello que se recibe. La decisión de aceptarlo, acogerlo, mantenerlo. Aunque nuestra herencia carece de un sentido unívoco, transparente o, simplemente dado. Ese legado exige tanto como desafía. Levinas nos hablará –en cambio- de filiación. Podríamos decir que Derrida y Levinas se heredan entre sí. Existe en ambos una llamada a reafirmar, atender o mantener el legado que cada uno recibe del otro y que convive con la necesidad de interpretar, escoger y transformar esa herencia. Las tradiciones<sup>16</sup> griegas y judías confluyen en los dos.

---

<sup>16</sup> La vinculación entre Occidente y el ser proviene de Grecia. Acontecimiento primero de la pregunta ontológica, el nacimiento mismo de la filosofía. El logos griego se caracteriza

## Ambos<sup>17</sup> buscan la manera de resistir a la tendencia totalizadora de la filosofía occidental para hacer posible una apertura

por reducir lo Otro a lo Mismo, por suprimir cualquier atisbo de diferencia o por no dejar nada fuera de sí. Tal es así que todo culmina en el absoluto hegeliano; la totalidad es la respuesta filosófica a la pregunta: “qué es el ser?”. Existe una estrecha relación entre el totalitarismo ontológico y el político, el cual consiste en fundir las individualidades en una masa indiferenciada. La filosofía levinasiana propone escuchar otra fuente, la judía con el afán de buscar algo que justifique ese ser y que lo encamine más allá del ser. Se trata de salir del ser corriendo el riesgo de invertir algunas nociones que al sentido y al saber les resultan evidentes. Levinas propone la inversión de la pregunta: ¿por qué hay ser y no más bien nada? (Leibniz, retomada por Heidegger —en una puesta en cuestión entre conciencia, finitud y libertad—) por otra: ¿es justo ser? En ocasiones la alternativa parece otra: ¿Por qué existe el mal y no en cambio el bien? Bien en su significación plenamente ética. El Bien es ese orden ético que interrumpe lo ontológico y que acontece en la epifanía del rostro, recuperando el orden de lo humano. La responsabilidad por el rostro del Otro inaugura el orden ético, el orden de lo humano o también el orden del Bien “más allá del ser”. Platón define al Bien de una forma literalmente hiperbólica: como epequeina tes ousias (más allá del ser o del ser del ente). Platón la precisa en el lenguaje de la potencia, de una potencia más poderosa que la potencia, soberana, que corta excepcionalmente con la analogía y la jerarquía que ella impone. Ésta es la esencia sin esencia de la soberanía. Es el origen de una razón que da cuenta de todo, que conoce y da a conocerlo todo, que produce el devenir o la génesis, pero que a su vez no deviene (Derrida).

<sup>17</sup> La intención derridiana consiste en mostrar la imposibilidad de un significado que pueda tener lugar en la pura inteligibilidad del logos antes de verse arrojado a la materialidad del significante, de un significado exterior al lenguaje que a la vez ponga en marcha y detenga su juego; la táctica levinasiana consiste en perfilar una relación donde acontezca la significación ética o el sentido de lo humano; significación o sentido que se sitúan más allá de todo juego (más allá del lenguaje, más allá de la historia) y que le sirvan de orientación. El ser como exterioridad que proponía Levinas en Totalidad e Infinito es sustituido en De otro modo que ser (...), por lo otro que el ser. No se trata de buscar otra manera de entender el ser, sino de salirse de él. Para la filosofía, esencia consiste en el acto de ser; el ser diferente del ente. Más allá de la esencia: es más allá del acto de ser, expresión equivalente a “otro modo que ser”. Posibilidad de un sentido lejos de la presencia, lejos del ser. El Bien se asocia con el pasado inmemorial —y no con la epifanía del rostro como presencia que vela por su significado— que ningún esfuerzo de la conciencia puede reapropiar; se sitúa siempre más allá del ser. No en el ser como exterioridad, no como trascendencia entendida todavía ontológicamente, sino como de otro modo que ser. El Bien como pasado inmemorial, se sustrae al presente y por ello, a la conciencia. No sólo no puede ser representado sino que tampoco puede estar sujeto a decisión alguna. No se ofrece a los poderes del sujeto. Ajeno a todo ahora, escapa a cualquier intento de apropiación. El sujeto no puede elegir el Bien, sino que es elegido por el Bien. Fracaso de todo poder, pasividad, vocación ética e inasumible. Invitación a pensar al sujeto a partir de su lazo (anárquico) con el Bien. Significación que acontece como proximidad y responsabilidad.

a lo otro y observan que dicha tendencia resulta indisociable del ser entendido como presencia. Los dos están estrechamente vinculados con la fenomenología. Derrida se ocupará en analizar qué es lo que hace posible la comprensión del ser, hasta dónde funciona, y dónde puede verse internamente su fracaso. Levinas, estará empeñado en hallar una salida, que nos lleve más allá del ser. Para ello, propondrá –en Totalidad e infinito–; el ser es exterioridad. Derrida lo criticará en *Violencia y metafísica*<sup>18</sup> afirmando que no se puede alterar el logos filosófico inculcándole otro sentido. Insinúa así, la imposibilidad de encaminarse más allá de la tradición –utilizando el lenguaje que esa tradición posee– sin plantearse el problema de las relaciones entre pertenencia y transgresión, el de clausura, el del movimiento del discurso filosófico a cerrarse sobre cualquier pretendido exterior. Sostendrá allí que sólo trabajando sobre sus palabras, sus conceptos, sus sentidos; volviendo contra el discurso filosófico las herramientas que el mismo ha creado resultará posible abrir así las compuertas del logos griego. Enuncia de esta manera, su estrategia: solicitar o reclamar desde dentro, la estructura filosófica. Sin ello, lo exterior corre el riesgo de dejar de serlo, ya que el logos se las ingeniará permanentemente para lograr su permanente reapropiación. Afirma también, que lo exterior está delimitado por el logos y sometido a su ley. La alteridad quedará diluida por ese falso límite; no hay afuera del discurso filosófico. Levinas –en cambio– tendrá otra estrategia, la de abrir el sistema a la fuente hebrea<sup>19</sup> a la que no renunciará a pesar de las críticas.

---

<sup>18</sup> Jaques Derrida. *La escritura y la diferencia*. Traducción de Patricio Peñalver. Primera edición, Editorial Anthropos, Barcelona, España, 1989. Ver Capítulo 4, *Violencia y metafísica*. Ensayo sobre el pensamiento de Emmanuel Levinas, p. 107 a 210.-

<sup>19</sup> En contra de su intención expresa, Levinas permanecerá demasiado fiel al logo-centrismo. Ello le permitirá suturar la apertura a la alteridad, lo cual constituye el gesto logo-céntrico por excelencia. Quizás en *Totalidad e infinito* este gesto es aún más evidente aunque en *De otro modo que ser (...)* sigue presente, donde la ruptura anunciada nunca llegará a cumplirse totalmente. Por mantenerse fiel a la tradición judía, Levinas acabaría siendo demasiado fiel a la griega. La filosofía como discurso racional que fundamenta y garantiza a efectos de

La interrogación derridiana se centrará en la finitud de un pensamiento y un lenguaje en que el Infinito no tiene cabida. Quizás sea por esto que Levinas recurra permanentemente a negaciones y metáforas. Encontrar en su lenguaje el elemento de un logos tradicional controlado por la estructura dentro-afuera; interioridad-exterioridad resultará marcadamente dificultoso. Levinas es reticente a la metáfora de la luz por su relación con el poder –una suerte de denuncia contra la “inocencia del discurso filosófico”- que impide pensar la alteridad, sin disolverla. El más allá -hacia el que Levinas quiere guiarnos-, está siempre tomado por todo aquello que pretender exceder: la estructura dentro-afuera; la metáfora del espacio y el espacio de la metáfora; donde el espacio designa -para Derrida-, la finitud misma del lenguaje. El lenguaje se inscribe e escribe en el espacio –señala este último-. Si el pensamiento de Levinas se sostiene sobre la idea de que lo otro sólo es tal, si es infinitamente Otro; y que lo infinitamente otro, es el Infinito ¿Cómo puede un lenguaje esencialmente espacial, esencialmente finito, aspirar a decir que esa alteridad es Infinita? Derrida estaría diciendo que esa alteridad infinita no puede designarse si no es a través de la negación de la exterioridad espacial finita.

El lenguaje sólo puede designar lo infinito recurriendo a la negación. Levinas no puede resignarse a ese fracaso y renunciar a todo lenguaje. En su lenguaje: la metafísica es posibilidad de la palabra. La epifanía del rostro se define como expresión. Sólo el discurso –dice Levinas- puede ser justo y no el contacto intuitivo; y si todo discurso retiene el espacio y lo Mismo en él, eso no significa que el discurso sea esencialmente violento o que la guerra habite el logos filosófico. Hay sí una violencia congénita al discurso filosófico pero si éste es a la vez lo único que instaura y mantiene la separación en la relación yo-Otro, la violencia que comporta no puede ser absoluta. La peor violencia sería la del silencio infinito, señala este autor. El lenguaje

---

legitimar la autoridad incuestionable de la maquinaria del saber (sentido-verdad-univocidad) y del poder (autoridad-jerarquía-dominación-legitimación).-

sólo puede encaminarse hacia esa paz que lo llama, luchando contra su propia violencia. La experiencia de lo infinitamente otro es el judaísmo. Pero difícilmente se puede pensar la fuente de sentido judía al margen de la conceptualidad griega. Ambos comparten la voluntad de resistir a la tendencia totalizadora de la filosofía occidental para hacer posible una apertura al Otro, sólo Levinas piensa esa apertura como sentido<sup>20</sup>: como el sentido de lo humano, o como significación ética, como búsqueda de una orientación, o justificación para el ser.

El concepto de hospitalidad (no así el de alteridad o el de huella<sup>21</sup>) nos permitirá la posibilidad de leer las dos obras en cuestión. En suma, no solamente la preocupación común de apertura a lo Otro sino que sólo ésta se entenderá en términos de hospitalidad. A lo que hasta ahora nos ha parecido como ética – la significación del rostro, la puesta en cuestión de los derechos del yo y la llamada a la responsabilidad- ahora podemos darle el nombre de hospitalidad y hasta sostener que es la esencia del lenguaje. Lo esencial del lenguaje es la relación con el Otro

---

<sup>20</sup> La apuesta de Levinas es la posibilidad de separar sentido y presencia, única vía para salir del ser y preservar el sentido. Aquello que Levinas discute es la relación entre sentido y verdad, sentido y conocimiento, sentido y contenido-presente y manifiesto de la conciencia-. Discute la preminencia de lo teórico que confirma el parentesco de uno de los pares de esa relación. Invita a romper el privilegio, a plantear la posibilidad de otro régimen de sentido. Se trata del sentido de lo ético, de lo humano, del Bien más allá del ser. Libre de todo intento de reapropiación de la conciencia.

<sup>21</sup> La huella cumple en ambos autores una igual función: la de poner en discusión el privilegio que la tradición filosófica ha concedido a la presencia, al presente o al ser; ya siempre marcados por algo otro. Esto supone un ataque a la metafísica tradicional así como a la pasión totalizadora de la filosofía. La figura conceptual de la huella impide pensar la presencia, el ser el presente como origen y obliga a concebir algo pre-original, anárquico, no dominado por ella y sin lo cual muy al contrario, ni siquiera sería posible (Levinas). En Derrida la huella aparece vinculada a sus lecturas husserlianas sobre la conciencia interna del tiempo, en particular con el concepto de retención, que señala la iterabilidad constitutiva de todo aquello que se quiere presente. Si esa posibilidad de repetición constituye el presente, sólo llega a ser lo que es remitiendo a una no-presencia, a una alteridad irreductible. La huella implica la imposibilidad de una presencia plena, la imposibilidad del origen, de un punto de partida absoluto que no remita más que a sí mismo en la inmediatez. Ambos coinciden que esa alteridad, en sí misma, no se presenta nunca, no se reduce a un fenómeno. Bien, ocultación, disimulo, enigma son las notas que la describen.

y en la medida en que pone en cuestión mi existencia egoísta y llama a mi responsabilidad, es ética. El sujeto sería entonces, anfitrión y el rostro, su huésped. El término “visitación” adecuado para referirse a la llegada del Otro –en la medida de una llegada impredecible e inesperada- es lo que hace posible que el yo pueda acoger el mandato que cuestiona sus derechos. Si no fuera un ser separado, satisfecho, si no fuera libre, no habría libertad que cuestionar. La orientación del yo hacia el rostro es generosidad. El rostro pone en jaque mi derecho de propiedad y con ese movimiento me desposee del mundo. Reconocer al Otro es instaurar por el don, la comunidad y la universalidad. Ética como hospitalidad, como puesta en evidencia de la injusticia del yo, una llamada a su responsabilidad.

¿Qué es la hospitalidad? Es aquello que se abre hacia el rostro, lo que lo acoge. Pensar la apertura a partir de ella y no a la inversa. Levinas opone hospitalidad a tematización. El rostro no se puede tematizar, es irreductible a él, excede la formalización o a su reducción. ¿Qué es entonces la acogida? Determina la receptividad del recibir como relación ética. Recibir es sinónimo de acoger y sólo se recibe más allá de la capacidad del yo. El yo es vulnerabilidad donde se aloja la obsesión por el otro. En su lectura de Totalidad e infinito, Derrida señalará que la palabra hospitalidad traduce y reproduce dos otras, la de atención y acogida del rostro. Intencionalidad, atención a la palabra, acogida del rostro, hospitalidad son lo mismo. Se trata de una tensión hacia el Otro, intención atenta, atención intencional, un sí dado al Otro. Si bien la hospitalidad se abre como intencionalidad<sup>22</sup> no podrá convertirse en objeto, cosa o tema. La hospitalidad es la eticidad misma y el principio de la

---

<sup>22</sup> Para Levinas –en su formulación del concepto de intencionalidad- lo pensado –objeto, tema, sentido- remite al pensamiento que lo piensa, pero determina también, la articulación subjetiva del su aparecer: el ser determina sus fenómenos. Levinas endilga a Husserl la herencia del intelectualismo y el privilegio del sentido ontológico del ser. Para el primero la intencionalidad husserliana no es sino justificación de la violencia con la que el yo vulnera al Otro reduciéndolo a lo Mismo. Pese al aparente dominio de la conciencia; Levinas reivindica tres momentos en los que la experiencia de la conciencia intencional fracasa: a.- la intimidad



ética. La razón es recibir, sensibilidad, acogida. La hostilidad testimonial asimismo –dice Derrida- la hospitalidad. Para Levinas, la acogida del Otro supone una apertura a lo infinito del Otro y ello, es poner en cuestión mi libertad. Es una respuesta: el sí al Otro responderá ya a ello. Se requiere esta respuesta desde el momento mismo en que lo infinito del otro es acogido. Esta respuesta responsable, es ciertamente un sí, precedido por el sí del Otro. No soy yo –sostendrá Levinas-, es el Otro quien puede decir sí. Es el Otro –como afirmación- el que está en el comienzo de la experiencia. Apertura a la trascendencia absoluta del Otro, que está afuera del dominio del sujeto. Derrida cuestionará esa afirmación. Si la decisión y la responsabilidad son siempre del Otro, se preguntará si ellas corresponden siempre al Otro, si vienen del Otro. Iniciativa y responsabilidad son atribuibles al Otro. Para Levinas, que el sí venga del Otro, que la exterioridad radical del Otro sea condición de posibilidad de la afirmación de la subjetividad, no excluye que la responsabilidad sea del yo. Ello no implica inmanencia egológica sino una relación asimétrica, no recíproca, pasiva. Dónde la iniciativa proviene del Otro pero la responsabilidad es siempre del yo. La razón misma es un recibir -acogida de la idea de Infinito- capaz de hacerse cargo de la heterogeneidad que no entiende.

La relación Mismo/ Otro no es una relación cualquiera sino metafísica. Una relación sin relación entre dos términos heterogéneos, absolutos, no totalizables. El yo por una parte; y la alteridad, la exterioridad o el Infinito, por otra. Una relación fundada en la heterogeneidad de sus dos términos; una relación construida sobre una distancia insalvable. La trascendencia designa una relación con una realidad infinitamente distante de la mía, sin que por eso destruya esa relación y sin que esa relación destruya esa distancia. Lo Mismo y lo Otro no tienen nada en común, no se encuentran en ningún punto, no comparten frontera, ni límite, ni pueden servirse de

---

que escapa a la conciencia; b.- la conciencia pre-reflexiva, no intencional, la conciencia desnuda; y c.- la conciencia no intencional como responsabilidad ante el rostro del Otro.

complemento. Entre ellos, no hay reciprocidad, correlación, correspondencia, simetría. En caso contrario, constituirían un sistema cerrado, una totalidad, y ya no cabría hablar de exterioridad, trascendencia o Infinito. La alteridad únicamente puede entrar en relación con algo absolviéndose, separándose; de otra manera perdería su carácter absoluto. Una multiplicidad que no admite la totalidad. La hospitalidad se ofrece o no al extranjero, a lo ajeno, a lo otro, al otro. Y lo otro, nos cuestiona, nos interroga en nuestros saberes, certezas y legalidades introduciendo cierta huella, separación e inquietud en nosotros mismos; confrontándonos a nuestro propio desamparo. ¿Cuál es el desafío venido del extranjero? La guerra interna del logos. Es el lugar dónde la hospitalidad se articula con la cuestión del ser<sup>23</sup>. Espacio de violencia razonada y de amistad<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Escribe Levinas: "El asesinato de otro hombre es la imposibilidad para él de decir yo soy"; en tanto ese yo soy es un aquí estoy –señalará Derrida- "del huésped que surge y traumatiza".

<sup>24</sup> Aristóteles en la Ética de Eudemo y en el horizonte de la justicia y la política se pregunta ¿qué es justo, que es lo justo en la amistad? Ésta consiste en conducirse en su dignidad –en armonía con el principio de lo justo- como también en su necesidad, cuestión pareja a la de lo bello y lo deseable. La amistad es la igualdad. Un alma en dos cuerpos –decía Aristóteles. Entonces, ¿qué es la amistad?; ¿qué es un amigo? Toda tarea debería consistir en determinar esa justicia. La obra misma de lo político consiste en crear, en producir, en hacer la mayor amistad posible. Amar es lo que hay que entender por amistad. Consecuencia, implicación, es acto antes de ser situación (el acto de amar antes que el estado de ser amado). Hace falta que alguien ame para saber qué quiere decir amar y sólo después ser amado. La amistad es amar antes de ser amado. Amar será siempre preferible a ser amado, como el actuar al padecer, el acto a la potencia, la esencia al accidente, el saber al no-saber. No hay amigo sin el tiempo que pone a prueba la confianza. No hay amistad estable sin confianza pero no hay confianza sin tiempo. Aristóteles habla de los amigos antes que de la amistad. Se trata de singularidades, de ciertos amigos. Se vive con y si hay que escoger; hay que escoger al mejor. Lo que está prohibido es la muchedumbre. La amistad está fundada en la virtud, la igualdad en la virtud. El placer que da la amistad es el placer inmanente a la virtud. La buena amistad exige la desproporción, cuando se estima o respeta más al otro que a sí mismo. Ruptura de la reciprocidad y de la igualdad. Interrupción de toda fusión o confusión entre tú y yo. La buena amistad supone cierto aire de intimidad pero que nos exige cierto abstenernos de toda confusión entre las singularidades del yo y del tú. Comunidad sin comunidad. Amor y respeto. Amor sin Eros, diría Levinas. El cuerpo del amigo, su cuerpo propio podría ser siempre el cuerpo del otro.

La esencia del lenguaje<sup>25</sup> es amistad y hospitalidad. A la sacralidad del suelo, fundador de sentido (Arendt) se lo opone la sacralidad de la ley (Rosenzweig y Levinas).

Lo Otro en tanto que Otro no es otro yo. Su alteridad no es reverso de ninguna identidad. No resulta de ella, sino que lo constituye. Nada tienen en común el yo y el Otro. Otro es, radicalmente extranjero. Es el rostro quien conservará la heterogeneidad que lo define, la trascendencia inscrita en su alteridad. El rostro se significa, asiste a su propia significación, es expresión. El Otro es caracterizado por la ausencia de cualidades, en su desnudez e indigencia, en su extranjería; cuya sangre -la fuente hebrea- prohíbe derramar. Su absoluta vulnerabilidad se vuelve exigencia, orden, mandato. El rostro impide la negación total, doblega la tentación y el poder de matar al Otro; inaugurando el orden ético. El yo se rinde pero también, cae el discurso por expurgar la alteridad. El rostro significa por sí mismo. Imposibilidad de encerrar su diferencia en una totalidad. Para Levinas lo esencial del discurso no es lo que dice sino que pone en relación con el Otro. El rostro significa por sí, es significativo. No anuncia nada, no afirma, ni niega. La imposibilidad ética de matar<sup>26</sup> es el sentido. El rostro

---

<sup>25</sup> Dos suspiros, dos nostalgias comparten los exiliados, los deportados, los expulsados, los desarraigados, los nómades: sus muertos y su lengua. Hablar la misma lengua no es sólo una operación lingüística, está en juego el ethos en general. Compartir una cultura, un modo de vida. La invitación, la acogida, el asilo, el albergue pasan por la lengua o por el mensaje a otro.

<sup>26</sup> Lo primero que debe ser pensado desde la perspectiva de Levinas no es la propia muerte (el Dasein heideggeriano) sino la muerte del Otro. A lo largo de la obra levinasiana este pensamiento se articula de distintos modos: a.- como condición de posibilidad de la relación con el Otro. Aquí la angustia ante la propia muerte se vierte en el "temor de poder matar al otro". El yo tiene una responsabilidad infinita en la medida en que descubre que puede matarlo. El rostro del Otro, su alteridad y trascendencia se resiste a esa violencia y es que en esa medida, el yo entabla una relación de responsabilidad. La otredad del Otro, manifiesta la imposibilidad de nuestras propias posibilidades; b.- en un segundo momento, la responsabilidad ante la muerte del Otro se extiende a su condición de mortal: soy responsable en la medida en que se es mortal. Aquí la mirada tiene por foco el hecho de que la estructura del asesinato está implícita en toda muerte. La muerte del Otro me hace sobrevivir como culpable. Un superviviente que siempre será culpable, responsable de lo que ha dejado

hace responsable de su mortalidad. La imposibilidad ética de matar unida a la responsabilidad por el Otro es la humanidad misma de lo humano. El yo recibe una significación anterior a su iniciativa. La orden de “No matar” es recibida, acogida. Recibir es siempre, ser enseñado; viene del Otro, heterónimo, sin por ello, perder su libertad.

Lo esencial del lenguaje no es el qué sino el hecho de que ese mensaje se dirige a un quién. Antes de ser sí mismo, antes de poder ser anfitrión –si por hospitalidad entendemos la acogida que un anfitrión hace en su casa de alguien ajeno a ella- el sujeto ya no habita un lugar propio; es esa apertura, esa acogida. La esencia del lenguaje es ética entendida como una exposición al Otro sin reservas, como el para-el-otro<sup>27</sup> de la proximidad. Levinas no renunciará al concepto de sujeto. Totalidad e infinito se presenta como defensa de la subjetividad fundada en la idea de infinito. Modo de entender el sujeto desde su recepción o acogida de la alteridad absoluta. Contemplar al sujeto como hospitalidad, donde sólo un ser que tiene cubiertas todas sus necesidades puede llegar a acoger a lo otro. La idea de un yo autosuficiente convive en esa obra con conceptos como creación y revelación, los cuales habilitan a pensar algo anterior a esa existencia. El existente –como aquello que realiza el acto de ser- está dotado de todos los rasgos atribuibles al sujeto: espontaneidad, libertad, capacidad de decisión, posibilidad de ser origen (...). A ello, llama Levinas, soberanía. Esta posi-

---

morir; c.- finalmente, la desmesura del sacrificio, de la capacidad de morir por Otro. En esta suplantación, ve Levinas, lo propiamente humano. El hecho de admitir que la muerte del Otro es más importante que la mía es el milagro de lo humano en el ser, fundamento de todas las obligaciones. No se trata de fundar una ética del sacrificio sino de interrogar el sacrificio como una posibilidad de lo humano. La excesiva gratuidad del sacrificio desborda al hombre como ser razonable.

<sup>27</sup> Una de las patrias del judaísmo son las Escrituras y en la medida en que impiden todo reposo en el ser cabe afirmar que esa patria es el no lugar del para-el-otro. Frente al paganismo que es enraizamiento, interés por la propia existencia; el judaísmo es desarraigo, desinterés, responsabilidad por el Otro. El sentido en una exégesis permanente viene a desgarrar el texto, evitando su petrificación.

ción tiene una dura contrapartida, una suerte de encierro del existente en sí mismo. Ambas (soberanía y encierro) van de la mano, implicándose. Ello conlleva a estar clavado en la propia existencia (el Hay). El segundo de los pares sólo se superará en el momento en que se renuncie al primero. Puesta en cuestión de la espontaneidad del yo, ética y que sólo será posible en el momento en que dicha soberanía quede suspendida y que tan sólo ocurre en presencia del rostro. Cuestionar el derecho a poder es cuestionar el derecho a ser. La ética nace del Otro.

El concepto de sujeto que Levinas propone se ve envuelto en su relación con el Infinito. La subjetividad resulta transfigurada en su confrontación con la alteridad absoluta. El yo ya no es origen sino respuesta. El estar-llamado-a-responder le otorga su singularidad, su unicidad. Afirmarse como yo equivale ahora a inclinarse ante la llamada del Otro. Levinas apuesta a que la libertad no tiene por sí derecho alguno y que su justificación sólo resultará posible en relación con el Otro. Para este autor, resulta dable pensar una libertad al margen de la autonomía ya que sólo responderá afirmativamente frente al llamado del Otro. El Otro no coarta mi libertad sino que la inviste, le confiere dignidad, la dota de poderes: de acogida, de don (sin intercambio calculable), de manos llenas, de hospitalidad. Sólo aquí podrá hablarse de una libertad responsable. Desde Totalidad e infinito, Levinas subraya la identidad y la soberanía como notas definitorias del yo y a la vez, como aquello que hace posible la hospitalidad. Libertad previa, independiente, y hasta ese momento, autosuficiente. Pero también allí, aparecen los conceptos de revelación y de creación anteriores al yo, que impiden pensarlo en términos absolutos como origen. El yo sólo se confirma como yo a partir del momento en que acoge lo otro; o a partir del momento en que es acusado o conminado a responder. En *De otro modo que ser* (...) se señala que se pretende poner en cuestión la referencia de la subjetividad a la esencia; donde por esencia habrá que entender: el ser diferente del ente. Poner en cuestión la referencia de la subjetividad a la esencia supone pensar el sujeto como no-lugar, como un

perfecto exiliado de sí mismo. La posibilidad de pensar el sujeto sin referencia a la esencia es contemporánea a la propuesta de separar significación y ser. El yo, ya no forma parte –por definición– del orden del ser sino que pertenece al orden de lo ético, al orden de la significación, desde antes de existir como yo y únicamente en virtud de dicha pertenencia. Su apuesta es que la subjetividad se establece exclusivamente como sujeción al Otro. El sujeto no es nada más que ese cuestionamiento. No hay identidad previa a la asignación de responsabilidad. Nada hay anterior a la responsabilidad. Que resuena de un pasado inmemorial, anterior a toda decisión y a todo compromiso, responsabilidad anárquica o pre-originaria. Ante tal asignación inapelable sólo cabe responder con el “Heme aquí”<sup>28</sup>, con el sí incondicionado del más puro ofrecimiento, en una entrega absoluta.

Ello implica disolver la figura de un sujeto soberano y sustituirla por un sujeto hecho de pasividad. La imposibilidad de volver a sí, de reposar en sí, da pie a pensar el sujeto como presa de una inquietud de la que de ningún modo puede liberarse: el yo no es para sí, es para los Otros. El para-el-otro de la responsabilidad convierte al yo en rehén. Aquello que me constituye se revela como un por-el-otro, como movimiento de sustitución o expiación. La responsabilidad implica un vaciamiento del yo, su de-sustanciación, un desgarramiento de la esencia. La subjetividad –en cuanto acontecimiento incesante de sustitución– realiza el más allá de la esencia o el de otro modo que ser. La posición del sujeto se depone. La posibilidad de hablar todavía de un yo se basa en su carácter de elegido. Yo y sólo yo estoy llamado a responder, la asignación de responsabilidad me singulariza, me hace único. La responsabilidad al extremo de la sustitución, configura una suerte de principio de individuación. Este llamado a responder de todos los Otros, sin esperar reciprocidad alguna, involucra una responsabilidad

---

<sup>28</sup> Isaías 6, 8. Aquí estoy o en hebreo: “hineni”. Testimonio de un grito con el que se despierta una subjetividad responsable por el Otro.

hasta el sin sentido, hasta el absurdo. Responsabilidad, más allá del deber. En relación con el Otro el sujeto está obligado irrevocablemente. Vivimos en una sociedad consagrada a la simple cuantificación de lo útil, del edificio permanente de la eficacia, como si el peligro supremo residiese en lo in-útil, lo carente de objetivos o de metas, en la gratuidad absoluta. Levinas y Derrida parecen desenmascarar la totalización del poder y la fragmentación de la responsabilidad en un gesto político que denuncia precisamente esto.

La dimensión ético-política ocupa en Derrida un protagonismo relevante. El tratamiento explícito de lo ético y lo político se estructura en torno a la falsa lógica de lo imposible. Lo posible, nombra el ámbito de lo calculable y previsible, aquello que se puede controlar porque se mueve dentro de un horizonte. Por más que aquel resulte inaccesible funciona teleológicamente, como guía, impidiendo la llegada de lo inesperado. Es a la vez la apertura -pero también su límite-, lo que definirá un progreso infinito o una espera. Derrida establece una estrecha conexión entre lo posible, la soberanía y la presencia. Lo imposible, en cambio, nombra lo que debe seguir siendo ajeno al orden de mis posibles, al orden del “yo puedo”. Este imposible no es privativo, no es lo inaccesible, no es lo que yo puedo remitir indefinidamente: se anuncia a mí, cae sobre mí, me precede y no me autoriza nunca a remitir. Es aquello que escapa a mi poder y anula mi soberanía, aquello que nunca llega a presentarse. Verticalidad que dialoga con el concepto de horizonte y que disuelve toda capacidad de previsión. Lo imposible me precede -señala Derrida-. Jamás lo veré llegar, nunca podré actuar a tiempo para resguardarme, ni tampoco le podré poner condiciones. Llama acontecimiento a esta venida incondicionada. El acontecimiento se dibuja entre la espera desesperada y la exigencia inaplazable. Dado su imprevisibilidad e incalculabilidad está asociado a una singularidad excepcional -una relación con lo imposible, diría Blanchot- y por lo que tiene de irruptivo, refiere a ella como la venida del otro o de lo otro. Derrida -frente a la idea levinasiana del infinito que cuestiona la totalidad- va a postular la

idea de una finitud constitutiva. El otro es otro finito. Si no se puede designar la alteridad irreductible (infinita) del otro más que a través de la negación de la exterioridad espacial (finita) es que quizás su sentido sea finito. Lo otro no puede ser lo que es –infinitamente otro– más que en la finitud y en la mortalidad. Ello no implicará la reapropiación del círculo de la totalidad, sino la necesidad de que lo otro se dé, en esa misma finitud.

La posibilidad del acontecimiento debe estar amenazada, quizás asediada por la huella de la imposibilidad, imprevisibilidad, incertidumbre. El acontecimiento no debe ser meramente posible, sino imposible, posible sólo como imposible. La lógica de lo imposible debería dar pie a otro pensamiento de lo posible, a aquello que Derrida llama el pensamiento del quizás<sup>29</sup>, sólo desde allí se podrá dar cuenta de lo que no se puede anticipar, de lo que nunca es presente. El quizás nombra la amenaza, la incerteza, la indeterminación del arribo del acontecimiento. El acontecimiento estará siempre por venir. La lógica de lo imposible se concreta en una serie de figuras: la hospitalidad

---

<sup>29</sup> Derrida retoma la filosofía del “quizás” (vielleicht) nietzscheana que se presenta como un desafío a la certeza del sujeto moderno en sus intentos de reapropiación y auto aseguramiento del conocimiento de lo existente. El “quizás” hace temblar las estructuras del pensar metafísico que se presenta como indubitable, como el fundamento último de lo que es. Nietzsche anuncia en *Así habló Zaratústra* una nueva forma de pensar la filosofía, una filosofía sin garantías. El “quizás” pertenecería –según Derrida– a un vocabulario exterior a la filosofía entendida como discurso de la certeza, de la verdad, de la veracidad. Posible e imposible aparecen en el escenario estallando la conceptualidad tradicional y exigiendo una articulación inmediata. Para Heidegger el Dasein es posibilidad, es sus posibilidades. En tanto existencia inacabada, es tarea que no remite a una esencia específica, sino que se va realizando en su propio existir. Un existir que no resulta definido de antemano sino abierto al devenir mismo de la existencia para resolverse en él. Derrida afirma que lo posible se presenta de antemano ya asegurado, dado, como posible sin más. Triunfo de lo posible sobre lo imposible, sobre lo impensable, lo que no puede ser planteado, sobre lo que efectivamente da lugar al acontecimiento y lo modaliza desde una posibilidad ya establecida. Pensar lo posible es pensar lo imposible. La filosofía del quizás es una filosofía de lo imposible; que albergue en su seno al azar y que se despliegue en una temporalidad abierta al porvenir que siempre precederá al presente. Una filosofía que aún en su forma oblicua pueda dar cuenta de algo inesperado, incluso inaudible abriendo nuevas formas del pensamiento y de lo político para ayudar a comprender nuestro tiempo. Es allí donde se ubica el acontecimiento, lo imposible, del quizás.



incondicional, el don, la decisión, la responsabilidad, la justicia, la exposición sin límite a la venida del otro. Todas ellas refieren a experiencias –que designan la relación con una presencia dislocada, dividida, disyunta, figuras sin límites, sin figuras- que hacen venir o dejan venir el acontecimiento. La hospitalidad ha de ser incondicional e irreductible a la soberanía<sup>30</sup>. Es en Palabras de acogida<sup>31</sup> donde Derrida asocia la hospitalidad incondicional a una lógica de la visitación y la condicionada a una lógica de la invitación. La invitación conserva el control y recibe en los límites de lo posible; la visitación exige una hospitalidad pura e incondicional que acoge lo que acontece como imposible. El invitado es extranjero pero está dotado de nombre y apellido. Su venida responde a un ofrecimiento, a una decisión pensada,

---

<sup>30</sup> Cabe recordar –que en su sentido clásico- no existe hospitalidad sin soberanía del sí mismo sobre el propio hogar. Así como tampoco hay hospitalidad sin finitud. La soberanía sólo puede ejercerse escogiendo, excluyendo y ejerciendo violencia. La injusticia, cierta injusticia o perjuicio comienza inmediatamente desde el umbral del derecho de hospitalidad. Derrida destaca una cierta colusión entre la violencia del poder o fuerza de ley (Gewalt) –por una parte y la hospitalidad –por otra-. J. Derrida, A. Dufournantelle. La hospitalidad –traducción y prólogo Mirta Segoviano- Ediciones de la Flor. Argentina, 2000, (p. 59).-

<sup>31</sup> Ésta es el título de una conferencia que Derrida pronunció en la Sorbona en 1996 en homenaje a Emmanuel Levinas Acogida para Derrida es sinónimo -en el pensamiento de Levinas- de Hospitalidad. Levinas busca una instancia pre-originaria dónde anclar una ética a-conceptual, una ética en cuyo seno se instaure lo relacional antes de la tematización, antes de cualquier manipulación donde se acoja al Otro sin entenderlo, antes de haberlo comprendido. Aquí se privilegia la idea levinasiana de apertura al Otro, de atención o tensión hacia el Otro. Derrida rompe con esta primera lectura precisamente aquí, en este texto. El primer Derrida parece ubicar la cuestión política –la economía de la violencia- en un nivel cuasi trascendental, en el discurso mismo y desde allí, la ética es secundaria. En este caso –por el contrario- parece aceptar la posibilidad de materializar una instancia ética en lo político. Derrida piensa la relación de una ética de la hospitalidad como una acogida del otro, una apertura a lo que viene, una política de la hospitalidad, la posibilidad de materializar la ética en un Estado o derecho. Por otro lado, parece también señalar la necesidad de cierta heterogeneidad del orden de la política y de la ética. Derrida se acercará -en sus últimos escritos- a la idea de hospitalidad levinasiana como el lugar para pensar una ética actual. Es indicio de ello la identificación derridiana con la idea de justicia levinasiana como relación con el Otro; ello permitirá la apertura al acontecimiento. Esa hospitalidad ética necesitará de un derecho y una política para realizarse. Jaques Derrida. Adiós a Emmanuel Levinas. Palabra de acogida, traducción de Julián Santos Guerrero, Mínima Trotta, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp., 33-155.-

es previsible y permite tener todo dispuesto con antelación. Por el contrario, el visitante, es completamente desconocido y anónimo, carece de identidad, no avisa, se presenta siempre por sorpresa, es una suerte de otro absoluto. El anfitrión no tiene control sobre su venida, no le pone condiciones, no pregunta ni siquiera ¿quién es? Lo único que le queda es decir sí. Acoger incondicionalmente al otro implica exponerse, poner el cuerpo, correr riesgos. La hospitalidad incondicional excede el ámbito de lo calculable (excede el cálculo jurídico, político, económico), no espera reciprocidad alguna y es anterior a toda identidad, a toda posesión, a toda soberanía. Ello implica que la ipseidad requiere de la alteridad. El núcleo mismo de la autonomía está atravesado por la heteronomía.

Esa decisión deberá ser inesperada, irruptiva, incalculable. Sólo en la renuncia de toda soberanía, en la pasividad más absoluta podrá tomarse eso que llamamos decisión. Saber y decisión son órdenes heterogéneos, abismales ya que el primero no es más que una forma de poder, un determinante, previsible, condicionado. Tampoco la decisión puede ser el resultado de la aplicación de una ley, de una norma, de una regla; ello ordena que se actúe simplemente por deber, de manera autónoma. Derrida considera el deber también, como una condición. Todo deber conllevará siempre una deuda que se ha de saldar y toda decisión, la vocación de pagarla. Derrida apuesta a que la decisión ha de tomarse más allá de toda deuda, habla de un sobre-deber, que ordena que se actúe sin deber. La decisión ha de ser, una suerte de invención: única, imprevisible y repentina. Sólo así se podrá atender a la singularidad de cada caso, siempre otro y diferente. Se trata de no saber lo que se tiene que hacer, modo de evitar la buena conciencia<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Derrida sostendrá —en su lectura de Kierkegaard— una ética absoluta que contra la buena conciencia asuma su culpabilidad ante la muerte del otro y cuyo modelo de actuación sería el que tuvo Abraham con Dios, cualquier radicalmente otro, todo otro es para mí, el otro absoluto. La respuesta a todo otro sería entonces, tal y como quería Levinas, el “Heme aquí”, comportarse con todo otro, como lo haría un caballero de la fe, aquí radica lo extraordinario

o la tranquilidad del deber cumplido. La decisión ha de rasgar el horizonte del saber y el deber, ha de ser incalculable. Debe decidir y para hacerlo, no puede simplemente quedar al margen de todo deber y de toda regla, aunque sea un deber o una regla que ella invente o reinvente. Nunca hay garantías que una decisión se haya producido, seguimos sin saber si eso que ha tenido lugar, merece el nombre de decisión.

La decisión es siempre entonces de lo otro. Sólo de este modo, puedo decir que la decisión ha sido libre. No hay libertad allí donde se ejerce un poder soberano. Libertad y soberanía son para Derrida, incompatibles. Oponer, heteronomía -sin servidumbres- pero responsable; al poder de un sujeto, a la autonomía de la voluntad. Responsabilidad en respuesta a la llamada de lo otro, que no dependerá de ninguna decisión sino que me he comprometido antes de que yo haya podido hacer nada. La llamada de lo otro cobra en el lenguaje derridiano la forma de una mirada: ya sea la de Dios que obliga a Abraham<sup>33</sup>

---

de la acción de Abraham. El otro no es necesariamente, el que está presente, el vivo. Podríamos decir que existe coincidencia con el Levinas de *De otro modo que ser* (...) donde el otro pierde su fenomenalidad y su presencia. Sin embargo en el silencio y la imposibilidad de hablar, rompe con la estructura levinasiana. Aquello que dice el silencio de Abraham es que la singularidad es incommensurable con la realidad y el discurso. Quien habla no se dice nunca a sí mismo. La singularidad es la resistencia a toda referencia directa y a todo discurso totalizador. Kierkegaard lo llama interioridad o subjetividad y Derrida, lo nombra Dios, una apuesta por repetir la religión sin religión, la posibilidad de guardar un secreto.

<sup>33</sup> En un texto temprano titulado *Existencia y ética* (1963) artículo contenido en *Noms propres*, Montpellier, Fata Morgana, Paris, 1976, (p. 113) Levinas critica a Kierkegaard la definición del ámbito de lo ético en el clásico *Temor y Temblor*. Éste último, opondría en su lectura del sacrificio de Abraham la afirmación de la subjetividad frente a lo ético entendido como la esfera de la generalidad y el discurso. En este sentido habría una prioridad de lo religioso, como ámbito del secreto, del silencio, de la verdad indecible que sufre, de la subjetividad atrincherada, sobre lo ético como espacio de la comunidad y por lo tanto, de la intersubjetividad. La fe aísla al creyente del resto de los hombres, hasta el punto de sacrificarlos por obediencia (Abraham con Isaac). Lo religioso requiere de una suspensión del orden ético; Kierkegaard lo llama la "suspensión teológica de la ética" como condición para comprender la acción (de Abraham). Levinas reprocha a Kierkegaard, la violencia que él no se permitiría en su propio discurso. Para Levinas, lo ético no reside en el orden de la generalidad sino en el del encuentro con el Otro, el cual tiene la prioridad sobre el yo. El yo ante el Otro es infinitamente responsable. La subjetividad es en esta responsabilidad. Esto

a sacrificar a su hijo; ya del espectro que reclama justicia en la figura del padre de Hamlet. Aquello que me mira me coloca en una posición disimétrica, pues no puede a su vez ser visto. No está en mí responder sí o no. Para ser una llamada de lo otro, ha de permanecer no identificable, no re-apropiable. Ni siquiera hay sujeto que exista previamente a esa interpelación.

Ser responsable es haber respondido con un sencillo –a la vez complejo– sí, a esa llamada que nunca ha llegado a estar presente. Absoluta es aquella responsabilidad<sup>34</sup> que no se presenta, que permanece secreta, aquella que se asigna singularmente y que de ningún modo se comparte. Absoluta es aquella responsabilidad, que incomunicada hasta el extremo, no responde. Y si efectivamente hay que responder, será sólo comprometiendo esa responsabilidad incondicional. El sí incondicional no constata nada sino que produce un compromiso, me hace responsable, me obliga a responder de aquello a lo

---

es la ética. Levinas condena el silencio de Abraham. Levinas articula lo ético a partir de la estructura “morir por el otro”. La lectura que Kierkegaard realiza del pasaje bíblico –tal como lo demuestra Derrida en *Dar la muerte*– es la de dar la muerte al otro en virtud de una instancia superior. La estructura que Levinas defiende aparece también en *Temor y Temblor*, es la acción que realiza el héroe trágico, pero no así el padre de la fe. Si Abraham hubiese dudado, si se hubiera dado en sacrificio, si hubiese muerto en el lugar de (...) se habría comportado como un héroe trágico, pero no como caballero de la fe. La fe consiste en dar la muerte a lo más amado, en responder a la exigencia desmesurada del otro. “Heme aquí” porque se cree (absurdamente) que el objeto del sacrificio no nos será arrebatado. El ámbito de la creencia implica la suspensión de lo ético y la incomunicación. Abraham no puede hablar porque de hacerlo sería perder su responsabilidad, romper el pacto de obediencia, traducirse a lo general. Derrida propone una lectura ética de lo religioso. Para ello, dirá que Kierkegaard repite sin religión la posibilidad de la religión. La suspensión de la ética –llevada a cabo por Abraham– quizás implique –dice Derrida– la aparición de una segunda ética. Derrida opondrá la ética del deber absoluto –una responsabilidad infinita que toma como modelo el sacrificio de Abraham– a la ética universal de los deberes y derechos, a aquellas éticas basadas en la universalidad, la generalidad y el discurso.

<sup>34</sup> Ver J. Derrida. *Dar la muerte*. Editorial Paidós, España, Barcelona, 2000. Allí Derrida de pregunta: ¿En qué condiciones puede haber responsabilidad? Y contesta: siempre y cuando el Bien sea una relación con el otro, una respuesta al otro: experiencia de la bondad personal y movimiento intencional. Una bondad más allá del cálculo, movimiento de don, de amor infinito, más allá de sí misma. (p. 55). (...) Soy responsable ante el otro en cuanto que otro, le respondo y respondo ante él. (...) (p. 70)-

que asiento. Derrida lo asemeja a un per-formativo absoluto. El sí incondicional no se da al margen del lenguaje, todo lenguaje lo presupone. Pero aquello que él hace posible arruina su incondicionalidad. Debido a su carácter de promesa, el sí condicional va ligado a su confirmación en otro sí. Éste sólo encontrará su ocasión de acontecer en aquello que, exponiéndolo a la repetición, amenaza su incondicionalidad, ya sea una lengua concreta siempre traducible, su estructura de respuesta, o su propia división interna.

Retomando la relación entre hospitalidad incondicionada y la condicional. Entre ambas hay una relación sin relación de familiar extrañeza, de singular complicidad. Ambas no son exactamente opuestas. A pesar de su heterogeneidad una u otra se exigen mutuamente. En cuanto incondicional, no debe poner condición alguna, no debe preguntar a aquél o aquello que acoge qué o quién es, de dónde viene o con qué propósito ha llegado, ni tampoco requerir reciprocidad alguna. Por otro lado, no puede hacerse efectiva, más que al precio de comprometerse a una serie de condiciones. En la medida en que lo comprima entre límites –legalizando la acogida, que garantice ciertos derechos y deberes, tanto como anfitrión o como huésped– traicionará el imperativo de hospitalidad. La gran denuncia de la deconstrucción derridiana –quizás en su primera fase– es que todo aquello que quiere ser puro, idéntico o cerrado sobre sí mismo, está atravesado o conminado –desde siempre– por una alteridad irreductible.

Ya aquí Derrida involucra una referencia implícita a la hospitalidad para con el otro. Toda relación consigo comporta, de manera irreductible, una relación con lo otro. Esta apertura se corresponde con el momento incondicionado de la hospitalidad. La alteridad no se da nunca al margen de la repetición. Una misma fuerza implica que lo incondicional no se reduce nunca al contexto concreto en el que se ha encarnado, la apertura hace posible la alteridad. Alteridad y repetición se exigen mutuamente. La caída del Uno prohíbe fijar un centro, origen y telos. Imposibilidad de un sentido, del significado trascendental,

principio y fin del juego del lenguaje. Ello no sólo afecta el terreno de la identidad sino que tiene graves repercusiones con relación con lo otro. Esa alteridad sólo adviene de la mano de un mecanismo de repetición que hace su singularidad, a la vez posible e imposible. Cualquier intento de ignorar o reducir este vínculo equivaldría a privar al acontecimiento de toda oportunidad.

Tanto Levinas –en *De otro modo que ser (...)*– como Derrida comparten la crítica a la soberanía, característica definitoria de la subjetividad como concepto filosófico. Ambos apuestan a desterrar ese dominio de sí en el que se basa la responsabilidad tradicional. Derrida muestra un sujeto en deconstrucción, cuya vuelta a sí, el retorno a uno mismo que constituye la ipseidad –en la operación de oírse-hablar– no cierra el círculo, implica una diferencia. La producción de la identidad incluye una alteridad irreductible. La constitución del sujeto es inseparable de un proceso de destitución del soberano. Ese doble movimiento de institución y destitución en el que el sujeto se produce está presente en la obra levinasiana. La voluntad de poner freno a los poderes del yo, el enfrentamiento a la soberanía absoluta, son ejemplos de ello. Aunque –recordemos– la revelación, la creación, la huella –claramente presentes en los textos– revelan la idea de que algo es anterior a esa soberanía, lo cual invalida su carácter originario.

En *Lenguaje y proximidad*, de 1967, Levinas deja de insistir en la soberanía del yo, abandonando la red conceptual de la separación. Lo que se plantea –de ahí en más– es un sujeto desvinculado de la esencia, ya no autónomo sino exiliado. Un sujeto que antes de ser, significa (sólo siendo para-el-otro llega a ser para-sí –dice este autor–). El sujeto ya no se definirá por su soberanía sino por su pasividad. Encuentra algo que ni ha elegido, ni se ha dado a sí mismo, ni puede dominar: la responsabilidad infinita por el Otro, hasta la sustitución. Lo que constituye la subjetividad será –de ahora y en adelante– la inspiración por el Otro, exposición al Otro como irreductible a quien no puedo conocer ni nombrar. Una heteronomía que

consiste en pensar la subjetividad bajo la sustitución del otro en mí, rompiendo cualquier identidad y presentando una alteridad que se cuele en ese pliegue. Esta exposición al Otro -en tanto que Otro- es lo que funda la relación ética y es lo que hace que adquiera gravitación de filosofía primera, puesto que soy responsable y no libre del Otro. Derrida nos dirá que ya no se trata de pensar al yo cómo término perfectamente constituido que abre las puertas de su morada a la trascendencia de lo otro sino inquietado -desde su interior más profundo- por una alteridad que le impide reposar en sí. Esta idea expresada en una serie de figuras -recurrencia, persecución, obsesión, rehén, inspiración, sensibilidad, vulnerabilidad- conjugan la posición y relevo del sujeto. Hay sin embargo, una diferencia insalvable entre ambos. En Derrida, la división de la identidad, la apertura a lo otro no está orientada por ningún sentido; en Completamente de otro modo, Levinas se hace cargo del sentido<sup>35</sup>.

El sujeto levinasiano se define como una pasividad más pasiva que toda pasividad, expuesto desde siempre al Otro y obligado a responder ante él y en su lugar antes de actuar en ningún sentido, antes de proferir un sí o un no. Anterioridad irrecuperable, responsabilidad anárquica, sin origen, sin presente. Una responsabilidad de la que el sujeto no puede adueñarse. La asignación de responsabilidad singulariza al sujeto,

---

<sup>35</sup> Resulta interesante la crítica derridiana para la cual el anhelo de pureza levinasiano sería indisoluble de su renuncia a abandonar la noción de sentido y con ella, el intento de pensar la relación con lo otro a partir de "nombres propios" como lo Humano, el Bien o Dios; la insistencia en preservar dicha relación en un fuera de contexto como absoluta, santa o separada; cierta insistencia en abrir la relación diádica entre singularidades al terreno de lo universal; la fijación de un origen que se presenta como pre-originario y consiguientemente, el establecimiento simultáneo de su inseparable telos. Derrida denuncia aquí, la presencia de cierta violencia. No es posible pensar la relación con la alteridad a partir de un nombre propio sino sólo a partir de una apertura sin rostro; que dicha relación deberá siempre encarnarse en algún contexto, deberá hacer frente a una multiplicidad de posibles, por los que la negociación será siempre obligada; que no podrá estar anclada en una relación entre singularidades (tout autre est tout autre); que aun siendo siempre anterior a cualquier cosa, no es jamás primera. Para Derrida es condición necesaria para la venida del otro no pensarla como sentido, sino como el tranquilo discurrir entre un origen y un telos.

funciona como principio de individuación, en la medida en que, como responsable del Otro, resulta insustituible. Subjetividad como hospitalidad, acogiendo al Otro. Derrida ve en la responsabilidad una de las “figuras de lo imposible” y como experiencia precede al sujeto. Los dos encuentran que ser responsable no es responder de uno mismo, de las propias decisiones. Soy responsable del Otro o de lo otro. En ambos se trata de una responsabilidad heterónoma: lo que me hace responsable es lo otro. Respuesta a una llamada que nunca ha llegado a ser presente y puesto que no espera consentimiento, siempre es incondicional. Sólo se hace oír a través de la respuesta, sin que haya mediado mandato. Ese sí incondicional, esa estructura de respuesta –dice Derrida y que no aceptaría Levinas- prohíbe fijar un sí originario. El primer sí, es del Otro. Resultará preciso comenzar a responder.

Cuando se trata de la relación con el otro, Derrida expresa una tensión irreductible entre singularidad y universalidad. Esa tensión también se halla en el pensamiento de Levinas cuándo vincula el rostro y el tercero. Levinas entiende por tercero a aquél que interrumpe la relación entre el yo y el rostro, impidiendo que el cara a cara se mantenga en exclusividad. El tercero inaugura el nosotros, es el Otro del Otro, me fuerza a tomar partido por él, abre el terreno de lo universal. Aún diferente del prójimo, es también mi prójimo y en consecuencia, debo asimismo responderle. Hablar de la apertura al universal es abrir la puerta al lenguaje<sup>36</sup> y a la objetividad; pero también

---

<sup>36</sup> Levinas destaca su importancia, es quien señala la necesidad de la palabra para que se dé el vínculo con el Otro, es el autor que cuestiona todo tipo de silencio, silencio que encerraría la peor de las violencias. A pesar de ello, Levinas subordina la escritura al habla y desprecia el lugar del lenguaje como lugar de la totalidad. Derrida señala -una y otra vez- el doble juego levinasiano. Ese reconocimiento del lenguaje y luego su menosprecio. En ese movimiento, Derrida destaca que el lenguaje es violencia. Una violencia como espaciamiento y temporalización. El lenguaje es escritura o diferencia (la instancia que da origen a las diferencias). La escritura derridiana se opone a la alteridad absoluta levinasiana, siempre se dice al otro en el lenguaje. Ello implicará reconocer por parte de Derrida cierta fuerza inerradicable y su esencial historicidad. El lenguaje es un movimiento que genera tiempo y espacio, es espaciamiento y temporalización. No hay lenguaje para Derrida sin esa doble



a las leyes, a las instituciones, a la autoridad política, al Estado. La igualdad de todos se impone en detrimento de la singularidad de los únicos. ¿Qué quiere decir esto? Que la exigencia de justicia<sup>37</sup> es la que preside la instauración de la sociedad y no al revés. La sociedad justa nace de la exigencia original del cuidado por el otro, no del imperativo de igualdad formal. Es este principio (el de igualdad formal entre los miembros de la sociedad) el que enmascara la incompatibilidad concreta de demandas –todas ellas subjetivamente legítimas y poseedoras de su propia justificación racional-. Levinas contraponen el origen ético de la política –sin siquiera nombrarlo- con la filosofía de Hobbes, como ya al principio de este texto habíamos señalado, donde la igualdad formal conduce a la lucha de todos contra todos. ¿Qué pretende Levinas? Contraponer la responsabilidad infinita por el rostro del Otro a la guerra de todos contra todos. Para Hobbes –recordemos-, el Estado nace de la necesidad de limitar la violencia, surge del interés; para Levinas, de la necesidad de limitar esa responsabilidad desmesurada ante la presencia del tercero; su origen es –entonces- el des-interés, la no indiferencia por todos los otros. Para Hobbes, el poder del Estado ha de ser absoluto –única manera de hacer efectiva la limitación de la violencia-; para Levinas, el despliegue de lo

---

posibilidad y por eso es imposible hablar del otro absoluto. Derrida cuestiona la posibilidad de relacionarse con lo absolutamente otro ya que: esa relación con el otro siempre se da en la escritura y no en la plenitud del habla; toda relación de exterioridad se da en el lenguaje; para evitar una violencia hacia el otro sólo se puede apelar a una economía de la violencia.

<sup>37</sup> Quisiera hacer mención a la idea cabalística de “tikúm” que generalmente se traduce por “redención” pero en realidad significa “reparación”. La Cábala plantea que el mundo contiene astillas del mal, pero también chispas de luz que se desparrramaron en el momento de la creación. Violencia en su doble aspecto: creadora y destructora. La luz original estaba contenida en vasijas que se rompieron por no poder contener tanto caudal luminoso. La misión de los hombres sería reconstruir y reparar los recipientes dañados, reunir de nuevo la luz consigo misma. El mundo requiere de la acción humana permanente para mantener su funcionamiento. La manera de reparar es el cumplimiento de las leyes y los preceptos, básicamente velar por la construcción de una sociedad más justa. Conciencia de que el mundo no está terminado, en el que cada día se impone la tarea de corregir los errores, disminuir el monto de maldad y acrecentar la justicia.

político encuentra un límite en la relación ética. Único modo de evitar que el Estado sea la continuación de la guerra por otros medios o en términos de una mayor precisión, la instauración de la guerra con buena conciencia.

La idea de que en política se corre el riesgo de ignorar la singularidad del yo es compatible en De otro modo que ser (...) con que el sujeto deja atrás su carácter de rehén, que es aquello que lo singulariza, no poniéndose el énfasis en la pérdida de la independencia. La independencia del ser separado parece ganarse únicamente en el momento en que comienza el reinado de la esencia, la política. Es en esta acogida del rostro dónde se instaure la igualdad. En Totalidad e infinito esa independencia se pierde al acceder al terreno de lo universal. Máxima fidelidad al yo, feliz y despreocupado tal como se lo presenta en la segunda parte de este texto, antes de su encuentro con el rostro, antes de la instauración de la política. En palabras de Levinas: el cara a cara se da “en un entramado de miradas”, dónde el tercero me mira en los ojos del Otro. La humanidad nos mira; pero vale una aclaración: no a mí, sino a nosotros. La separación es la pre-condición del cara a cara, pero sólo a través del tercero es que estoy unido con el Otro. El rostro es a la vez el prójimo y el rostro de los Otros. La justicia pertenece a la ética –como filosofía primera- y no al imperio de la conciencia.

Se llama justicia –en Totalidad e infinito- a la relación con la trascendencia del Otro. En este libro la justicia estaría en el medio del tercero y el rostro; ya que el tercero o la justicia no se identifican indisociablemente, con el rostro. Hay una resistencia que siempre nos invita a ir más allá. En De otro modo que ser (...) hay una plena asociación de la justicia con el tercero, dentro del ámbito de la universalidad, la objetividad y la política. A pesar de ello, siempre hará referencia a un carácter excesivo, a una permanente inadecuación dentro del propio concepto, como sí nunca llegara a cumplirse plenamente. Si la justicia es la medida aportada al infinito del para-el-otro, entonces nunca podrá darse por satisfecha. Ello significa siempre ir más allá de sí misma. Revisión y esperanza de otra mejor, corrigiéndola

incansablemente, haciendo oír la significación ética, la responsabilidad del para-el-otro que el dominio de lo universal tiende a olvidar. Al escuchar el reclamo de justicia –al atender a cada singularidad- se corre el riesgo de ignorar la responsabilidad para con el Otro. Desoír la llamada del tercero, implicará desoír la llamada de la humanidad toda. Para Derrida la ética no sólo corre el riesgo de sufrir la violencia por la entrada del tercero sino que también puede ejercerla si se queda en la pura infinitud del para el otro. El segundo Derrida hablará de la irreductibilidad de la hospitalidad y en cómo construir un orden político en función de ella. Este último va a creer en la necesidad de apertura a la otredad y al acontecimiento.

El tema de la justicia es abordado por Derrida en *Fuerza de ley*<sup>38</sup> y en *Espectros de Marx*<sup>39</sup> –obras escritas en los 90´- allí se señala que no se puede tematizar u objetivar la justicia, decir: esto es justo y menos aún, yo soy justo sin que se traicione a la justicia y al derecho. Llama a la necesidad de distinguir justicia

---

<sup>38</sup> J. Derrida. *Fuerza de ley –El fundamento místico de la autoridad-*. Traducción Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.

<sup>39</sup> J. Derrida. *Espectros de Marx –El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional-*. Trotta Editorial, Madrid, España, 2012. Derrida al oponer la ética del deber absoluto a la ética universal de los derechos y deberes piensa básicamente en dos argumentos: a.- la ética de los derechos y deberes universales se sustenta en la estructura del sacrificio. En virtud del amor preferencial cuidamos de los nuestros y dejamos morir a los otros. Mi responsabilidad ante el otro implica el sacrificio de todo otro, el otro al que no entiendo, a quien no elijo para amarlo, a quien dejo morir. La buena conciencia quiere ocultar este sacrificio sobre el que se asientan las buenas acciones y razones. El sacrificio de Isaac ilustra la experiencia más cotidiana y común de la responsabilidad. Al preferir al otro, al elegirlo en mi amor y bondad, sacrificio también a mis semejantes, que mueren de hambre o de enfermedad. Al preferir la presencia de los vivos, de los que están aquí y me reclaman, traiciono a los ausentes, a los que no están, a los que no han llegado todavía, a los muertos, a los no nacidos; b.- el concepto de responsabilidad que maneja este tipo de ética disuelve la responsabilidad absoluta en el discurso. La generalidad de la ética, lejos de asegurar la responsabilidad nos empuja a la irresponsabilidad. Kierkegaard insiste en que Abraham no puede hablar. Ello sería justificarse ante los otros, hacerse entender, buscar solidaridad y consenso, querer convertirse en héroe trágico y ser admirado por ello.

del derecho<sup>40</sup>, afirmando la imposibilidad de asegurar un criterio que efectivamente los separe. Comienza un análisis fenomenológico del derecho afirmando que no hay derecho sin poder. Una fuerza autorizada, que se justifica o justifique al aplicarse (Kant) incluso cuando esta, puede ser juzgada como injusta o injustificable. En particular a Derrida le interesa remarcar la imposibilidad de distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo haber sido autorizada por una legitimidad anterior. Apoyado en Husserl y Heidegger, Derrida dará cuenta de una violencia originaria previa a una relación ética: la violencia trascendental y la violencia ontológica. Al principio, la violencia. Para hacer frente a esa violencia no es posible apelar a una instancia no violenta por excelencia sino volver una violencia contra otra, realizar una economía de la violencia<sup>41</sup>. Se trata de la relación entre fuerza y forma; entre fuerza y significación. De fuerza performativa, persuasiva y de retórica, de afirmación pero también y sobre todo, el lugar donde la mayor fuerza y la mayor debilidad se intercambian. Señala con acierto Derrida que tanto los discursos sobre la doble afirmación, sobre el don más allá del intercambio y de la

---

<sup>40</sup> Para Derrida la justicia es una experiencia de lo imposible. Relaciona justicia y aporía: una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuese una experiencia de la aporía, no tendría ninguna posibilidad de ser lo que es una justa apelación a la justicia. Cada vez que las cosas suceden o suceden como deben, cada vez que aplicamos una buena regla a un caso particular según un juicio determinando, el derecho obtiene su ganancia, pero podemos estar seguros que la justicia no obtiene la propia. El derecho no es la justicia, es cálculo; la justicia es incalculable. Debemos asegurar que la decisión entre lo justo y lo injusto jamás esté asegurada por una regla. Derrida es partidario de una justicia infinita, rebelde, extraña a la simetría, heterogénea.

<sup>41</sup> Derrida cita a Pascal: Es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido. Lo que es justo debe y es justo ser seguido; y luego: lo que es más fuerte, también debe ser seguido. Lo justo y lo más fuerte debe seguirse. Es justo que lo que es justo sea seguido y es justo y necesario que lo que es más fuerte sea seguido. Prosigue Pascal: La justicia sin la fuerza es impotente; una justicia impotente, no es justicia en el sentido del derecho; la fuerza sin la justicia es tiránica. Hay que poner juntas justicia y fuerza para hacer que lo que es justo sea fuerte o lo que es fuerte sea justo. Fuerza de ley, (p. 26 y ss).-

distribución, sobre lo indecible, lo inconmensurable, sobre la singularidad, la diferencia y la heterogeneidad son todos ellos, por lo menos, discursos oblicuos a la justicia.

Para Derrida, el discurso es violencia y una instancia que precede y constituye el vínculo con el otro. A pesar de su pretensión de universalidad la justicia siempre se dirige a singularidades, a la singularidad del otro. El lenguaje –como escritura o diferencia- sirve para nombrar un proceso de diferenciación imbricado en una lucha de fuerzas. Si la lucha es una impronta metafísica, la violencia propia del proceso de diferenciación es también una cuestión ético-política. En Derrida existe una tensión entre violencia y hospitalidad; violencia irreductible y hospitalidad irreductible, entre ética y política, entre responsabilidad y procesos de hostilidad-hospitalidad. Siempre una tensión es resuelta a favor de una de las fuerzas enfrentadas. La cuestión es si la tensión misma en su definición no implica una resolución de la tensión entre diversos pares conceptuales. Tensión como diferencia; tensión como movimiento de fuerzas; tensión de indecidibilidad para que sean posibles la decisión y la responsabilidad. Responsabilidad y justicia ejercitadas desde la indecidibilidad.

Derrida pone en juicio el carácter fundante de estas representaciones –políticas, culturales, sociales- y del poder que las sostiene, reduciéndolas a meras articulaciones contingentes que operan desde tradiciones o prejuicios teñidos de verdades esenciales. Éstas no son más que parcelaciones o decisiones que operan en un terreno contingente, o dicho de otro modo, indecibles. No para hacer imposible la decisión o la ley sino para consolidar una nueva forma de estar, relacionarse y producir. Pensar en un mundo deseable a construir, un tipo particular de comprensión vital. Abogará por una nueva apertura ético-política, cambio de actitud y de lógica política basada en la fraternidad –como lógica de cohesión e identidad- y en la amistad

dejando de lado la pertenencia y la dicotomía amigo-enemigo<sup>42</sup>. Levinas orienta su interpretación hacia la equivalencia de tres conceptos: fraternidad, humanidad y hospitalidad. Acogida del Otro o del rostro como prójimo y como extranjero, como prójimo en tanto extranjero, hombre y hermano. Levinas nos hablará del don del albergue, del asilo y del abrigo. La hospitalidad ofrecida rubricaría por sí una permanencia al orden mesiánico. Se pertenece a ese orden cuando se ha podido admitir a Otro

---

<sup>42</sup> Perder al enemigo en el orden de lo político no se traduciría necesariamente en progreso, reconciliación, apertura de una era de paz y de fraternidad humana. Me permito citar a Derrida: (...) "sería algo peor: una violencia inaudita, el mal de una maldad sin medida y sin fondo, un desencadenamiento inconmensurable en sus formas inéditas, monstruosas, una violencia en relación con lo cual lo que se llama hostilidad, guerra, conflicto, enemistad crueldad, odio; incluso reencontrarán contornos tranquilizadores y finalmente apaciguadores, puesto que identificables. La figura del enemigo sería salvable en cuanto figura gracias a los rasgos que permiten identificarla como tal: ser identificable, fiable (hasta en su traición) y, familiar. J. Derrida. Políticas de amistad. Seguido del oído de Heidegger. Traducción de Patricio Peñalver y Francisco Vidarte. Editorial Trotta, Madrid, España, 1998, (p. 101 y ss.). Derrida señala también, que no hay amigo sin esta posibilidad del dar muerte "que insta una comunidad no natural y que sólo podría amar con amistad a un mortal expuesto al menos a la muerte llamada violenta, expuesto a ser matado, eventualmente por mí. (...) Amar con amor y con amistad significaría siempre: puedo matarte, puedes matarme, podemos matarnos.". ídem, (p. 143). Pero también señala que "lo que se dice del enemigo no es simétrico y no puede decirse del amigo" La posibilidad o el deber de dar la muerte es lo que suspende, anula, invierte o rechaza, transfigura o sublima la amistad. La amistad consiste en suspender esta estructura de posibilidad. Amar con amor y con amistad sería lo contrario del dar muerte. Finalmente Derrida concluye, lo que liga u opone la pareja amigo-enemigo en la pulsión o decisión de dar muerte sería justamente lo político. La posibilidad real de dar muerte, irreductible condición de lo político e incluso estructura ontológica de la existencia humana significa para Schmidt que procede de una negatividad oposicional que pertenece a la vida, en cuanto que esta se opone a ella misma afirmándose. No a la vida contra la muerte sino a la vida contra la vida, al espíritu contra el espíritu. La guerra procede de la enemistad ya que esta es una negación (óptica) de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad. No necesita ser nada cotidiano, normal, ideal o deseable sino que tiene que estar presente como posibilidad real. La decisión decide siempre entre el amigo y el enemigo. Discrimina, separa, distingue, diferencia la instancia de la determinación entre los dos sentidos del término. Matar sin efusión de sangre (donde Derrida convoca a Rosenzweig y Benjamin), con la ayuda de nuevas técnicas es quizás acceder a un mundo sin guerra y sin política, a la inhumanidad de una guerra sin guerra. La matanza de los judíos, gitanos, opositores políticos, homosexuales en la Europa oriental sería un buen ejemplo de ello, la inhumanidad de una guerra sin guerra.

entre los suyos. Ese deber de hospitalidad abre el acceso a la humanidad de lo humano.

La violencia inaugural que instituye el poder de aplicar las leyes, esto es, el poder de ejercer legítimamente la violencia, es pura fuerza performativa<sup>43</sup>, un acto de posición. Dicha violencia fundadora (W. Benjamin) no puede justificarse ante ninguna ley pre-existente: se mantiene suspendida sobre un abismo, su único apoyo es ella misma. Es violencia sin fundamento, tampoco podrá juzgarse legal o ilegal, legítima o ilegítima. Permanece allí, indescifrable. Fundamento místico de la autoridad de las leyes (Montaigne). Derrida relaciona lo místico y el silencio. De la mano de Wittgenstein y de su Tractus lógico-filosófico –séptima proposición- “De lo que no se puede hablar hay que callar”<sup>44</sup>. Pero mientras que lo místico wittgensteniano es aquello que excede los límites del lenguaje: aquello que se muestra pero no se dice; el silencio del que habla Derrida no es exterior al lenguaje, está encerrado en él. Resulta de lo anterior, la imposibilidad de distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la fuerza performativa que autoriza a ese poder a utilizar la fuerza.

El derecho no está simplemente al servicio del poder, como un instrumento dócil, servil y por tanto exterior; sino que mantiene una relación interna y compleja con él. Si la autoridad

---

<sup>43</sup> Es característico de lo performativo que interviene el cuerpo y se arma una escena: no es puramente verbal. Recordemos que religión y derecho son campos en los que la palabra tiene valor de acto. Pierre Legandre y Enrique Kozicki hablan de la “dimensión estética de la ley” en la medida en que la ley, para regir, necesita de cierta puesta en escena, cierto acto teatral que dé visibilidad y fuerza a la investidura jurídica. En el mismo sentido, tanto el mito como la tragedia y el texto bíblico son performativos: provee a un grupo humano de una escena fundadora -que se reactualiza en el ritual- en la que sus categorías de pensamiento y sus valores se “actúan”, se materializan en actos concretos. La aplicación de la categoría de performativo al lenguaje es la inserción de lo físico del acto, lo dramático, en el terreno lingüístico. Poner el cuerpo es siempre involucrarse, arriesgarse, exponerse, actuar. La historia occidental transcurre en el antagonismo, el diálogo, el desencuentro y los conflictos de los cuales la tragedia y el texto bíblico son versiones de lo humano. Porque somos criaturas destinadas a la muerte estamos destinados a la metáfora y a la memoria.

<sup>44</sup> L. Wittgenstein. “Tractus lógico-philosophicus. Madrid, Alianza, 2001, p. 183).-

de las leyes sólo se obedece por un acto de fe, entonces nada asegura que el derecho sea justo. La justicia es experiencia de lo imposible, de lo que nunca será presente. Un sistema de leyes no es más que un sistema de repetición, de aplicación mecánica, la misma en una multiplicidad de casos. La justicia refiere siempre a una singularidad, a individuos, a grupos, a existencias irremplazables en una situación única. Levinas y Derrida se identifican en un deseo de justicia que se concreta en la negativa de instalarse en el reino de lo universal –del saber, del poder y de las leyes-; en la exigencia irrenunciable de atender a la singularidad sin olvidar que los otros merecen la misma atención. Ambos concentran en el concepto de justicia la necesidad de conciliar la atención a la singularidad con la imposibilidad de detenerse en una singularidad absoluta.

La noción levinasiana de justicia se acerca al equivalente hebreo de la santidad. En *Totalidad e infinito*, Levinas establece una relación entre política y totalidad –por un lado- y ética e Infinito, –por otro-. Al tiempo en que subraya una clara oposición entre ambos pares, define la política como el arte de prever y de ganar –por todos los medios-, la guerra; cuya posibilidad, permanentemente se manifiesta. Una guerra que suspende la ética y que se produce como la experiencia pura del ser puro, que no manifiesta la exterioridad, ni a lo otro como Otro y que destruye la identidad de lo Mismo pues los absorbe –al uno y al Otro- en la totalidad. Identifica –Levinas- a la guerra con el ejercicio mismo de la razón. Ser, totalidad, guerra son sustituidos por el de Bien, el Infinito, la paz. Cuando habla de paz, habla de una trascendencia en la inmanencia, un más allá de la política, dentro de la política. Una paz que excede lo político, un más allá dentro. Una interiorización de la trascendencia ética o mesiánica<sup>45</sup>. Derrida interpreta el más allá dentro de la

---

<sup>45</sup> Ernesto Laclau. *Emancipation(s)* Verso, London, U.K., 2007. Allí Laclau reflexionó sobre el modelo emancipador propuesto por Derrida en *Espectros de Marx* y su concepto de mesianismo –heredado de la religión pero también de la tradición marxista-. Laclau observará cómo Derrida pasa de un presupuesto ético-político por el cual, esas dimensiones criticadas



paz, que a la vez es política y ya no lo es, como un proceso de deconstrucción. Para este último, la oposición guerra y paz no es en sí misma evidente; como tampoco lo es la oposición entre hostilidad y hospitalidad, próximos pero no sinónimos. La promesa de paz mesiánica<sup>46</sup> o de hospitalidad infinita que

---

acabarán convergiendo en el proyecto de democracia por venir, y que a su vez está vinculada a la noción clásica de emancipación, la cual, no es más que otro nombre para el mesianismo escatológico que Derrida pretende sustituir. La noción clásica de emancipación significaba algo más que la mera estructura formal de la promesa; era la concatenación y síntesis de una serie de contenidos y significados que unificaban diversas luchas. Sin embargo, en la sociedad las demandas aisladas, injusticias, opresiones, abusos se identifican no con la tradición sino que se articulan con un nuevo modelo emancipatorio mediante el cual, se formulan nuevas formas de re-agregación política, que en muchos casos se niegan a establecer un modelo determinado y por lo tanto, garantizar una nueva hegemonía. La crítica que Laclau le formula a Derrida —que quizás sea objeto de otra crítica y que excede al presente texto— radica en cómo se produce la transición de esta estructura general de la experiencia (la promesa) a los contenidos del proyecto emancipatorio clásico. En sus escritos tardíos, Derrida trazará un vínculo entre la promesa —entendida como pos-trascendental o post-ontológica— y los contenidos éticos de un proyecto emancipatorio. Laclau llamará a esto “transición ilegítima”. Esta consistiría en cómo desde la imposibilidad de una presencia encerrada en sí misma o desde una condición ontológica en la que la apertura al acontecimiento, a lo heterogéneo, a lo radicalmente otro se pueda derivar un presupuesto ético que permaneciera siempre abierto a lo heterogéneo y del que se derivaren presupuestos normativos. Para Laclau, —tanto Derrida como Habermas— caerían en la etización de la política. No existiría conexión entre la indecibilidad estructural y una supuesta necesidad ética desde el aspecto ontológico. Si lo social es un campo indecible, la política es precisamente la operación de sutura que persigue una codificación de la totalidad. Estas codificaciones son el poder, como acto y pretensión de codificar un nuevo sentido, una nueva metáfora desde la que abordar la incommensurabilidad de la existencia.

<sup>46</sup> Isaías 32, 17 “Y el efecto de la justicia será la paz; y la labor de la justicia, reposo y seguridad para siempre”; o el Salmo 85, 11 “justicia y paz se besan”. Es en la justicia donde se establecen los mecanismos para mantener y defender el bien-estar y la plenitud del ser humano. La visión judía de la justicia posee las siguientes acepciones: justicia, derecho, solidaridad, liberación, rectitud, generosidad. Es todo aquello que puede llevar a la rehabilitación o restitución del estado ideal del ser humano como imagen de Dios. La justicia tiene como finalidad el bienestar integral del ser humano y de los miembros de la comunidad, en especial de aquellos más vulnerables y en condiciones menos favorecidas. Esta idea se separa de la establecida por el poeta Simónides: “de dar a quien lo que le corresponde” que finalmente, se plasma con Ulpiano en la “firme voluntad de dar a cada uno lo suyo”. Toda la legislación política, jurídica, social y económica de Israel estaba diseñada para defender estas condiciones de posibilidad de realización del ser humano, en especial del pobre, de la viuda, del huérfano, del extranjero. Yahveh se manifiesta como padre de huérfanos, abogado

comporta la ética levinasiana debe hacerse efectiva, debe dar lugar a un sistema político concreto. Derrida –que se resiste a ese concepto de justicia cercano a la santidad judía y donde la ética termina siendo “religión”<sup>47</sup>- llama a mediar entre ética y política, para luego señalar que tal mediación es inexistente. Permanece como promesa, promesa que puede no realizarse. Ello no implica la ausencia de relación entre los dos órdenes: es más, debe ésta existir, es preciso que así sea. Apertura a lo otro que sólo es posible como imposible. Sin horizonte de espera, sin anticipación, sin garantía alguna. Una justicia no unida al poder.

Por fuera de programa que me propuse en este texto y al final de su producción filosófica Derrida abordará el tema de la democracia por-venir –como fundamento de la política- e intentará pensarla a partir de la afirmación de que no cabe democracia sin respeto a la singularidad o a la alteridad irreductible; pero tampoco, sin comunidad de amigos, sin cálculo de las mayorías, sin sujetos identificables. Tensión entre la ley de la igualdad, del número, de las mayorías frente a la ley de la asimetría, de las minorías, de la heterogeneidad. El análisis de esta noción se da básicamente en dos de sus obras: Políticas de

---

y defensor de las viudas, amigo y protector del extranjero y de los desahuciados (D10, 18; Sal 68, 5). La justicia es un instrumento para que el bienestar se realice. Se trata de una justicia restaurativa, no punitiva o correctiva. Restaurar al ser humano, a la creación o al Estado a través de la justicia social de la mano de una ética de la responsabilidad, donde el cuidado y el deber es por el Otro, por sus problemas, por su libertad, por su dignidad, por su bienestar. La distinción entre infinitud y eternidad resulta esencial en W. Benjamín donde el progreso –que se despliega en un tiempo infinito- no conlleva responsabilidad, ni acción humana. Redención y rescate de los oprimidos es para Benjamín tiempo mesiánico. Sin el cual el futuro no merece tal nombre.

<sup>47</sup> J. Derrida. Políticas de amistad –seguido del oído de Heidegger-. Traducción de Patricio Peñalver y Francisco Vidarte, Editorial Trotta S.A., 1998. Derrida al trabajar el concepto de fraternidad -y a pesar de no ser una obra dedicada a Levinas-, se sirve de la ética levinasiana para criticar el paradigma fraternalista de la tradición, dando a entender que aquel discurso (el levinasiano) contiene al menos un germen de ruptura respecto de ese paradigma.

la amistad –ya citada- y Canallas<sup>48</sup>. El concepto de democracia es abordado en su conexión con la idea de amistad. Frente a una amistad fraterna –de lo mismo, del reconocimiento de iguales-, habría otra amistad –quizás nietzscheana-, que responde a la ley de la disparidad, una amistad sin medida como resultado del acontecimiento donde entran en juego fuerzas contingentes, no planeadas, azarasas. Nietzsche contrapone: amor al lejano al amor al prójimo. En el primero, apuesta por una radicalidad des-estructurante, por una dimensión del amor como relación liberadora con el otro y lo otro; en el segundo, a una soledad compartida que tan sólo superaría la compasión. En la amistad no hay posesión. Aman su pérdida, su devenir, su soledad y donde lo imprevisible emerge como diferencia y apelación ante la “moral del rebaño”, propio del segundo. Aquello que se posee sólo se petrifica. La amistad se afirma en la diferencia y sólo puede existir en la tensión cercanía–resistencia. El azar es el elemento constitutivo de su devenir. ¿Cómo pensar una democracia del venir del otro, donde sólo el otro es portador de la promesa? Habrá que poner en cuestión el intervalo entre lo político y lo común. La pregunta por la comunidad se asienta sobre la problemática de ser-con-otros (ser con el otro o con lo otro) en la acogida de una promesa. Promesa y no pertenencia. Ello nos conduce al desafío de pensar lo heterogéneo, con la consecuente exigencia del respeto de la alteridad. Puesta en duda de la experiencia de la pertenencia –de la clausura de poder subsumirlo todo- y de la propiedad. Puesta en valor de este tiempo de mutación. Sin respeto a la singularidad o a la alteridad irreductible no resultará posible hablar de democracia.

Aquél o aquello que viene, aquél o aquello que llega por el otro o lo otro por venir requiere –en cuanto razón democrática- la renuncia incondicional de la soberanía –siempre indivisible-. La venida singular del otro –como fuerza vulnerable, débil, sin poder- excede la condición de dominio. Antes de dar, recibe.

---

<sup>48</sup> J. Derrida. Canallas. Dos ensayos sobre la razón. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2003.-

Antes del don y del ser, es sin ser. Es preciso que dé el tiempo que no hay –dice Derrida-. Es un compromiso con la debilidad de los débiles, de los niños, de los pobres, de todos aquellos/as que reclaman –en medio del sufrimiento- una extensión legítimamente infinita de los derechos del así llamado hombre. Democracia que no es lo que es sino en la diferencia, como experiencia irrefutable de la alteridad de lo otro, heterogéneo, singular, disimétrico, heterónimo. La democracia no se ha presentado todavía, pero ha de venir contra la miseria de millones de mortales abandonados a su suerte: a la malnutrición, a la enfermedad y a la humillación. Pensar la democracia es pensar en el primer llegado –como forma de traducir el primero por venir-, cualquiera fuere este, quienquiera que sea, en el límite. No renunciaremos a utilizar una palabra cuya herencia es significativa<sup>49</sup> –como pensamiento de la libertad (poder, dominio e independencia)- pero cuyo sentido todavía sigue siendo oscuro, obstinado, discreto, opaco, débil, de poca intensidad y valor. Es Levinas quien supedita la libertad a la responsabilidad, responsabilidad antes que la “difícil libertad” y que me convierte en rehén del otro. Experiencia de la heteronomía absoluta pero sin servidumbre. La democracia describe los colores vivos y la diversidad, el carácter cambiante, variable, inconstante, a veces complicado, esquivo, equivoco de su andar. Apariencia, creencia, imaginación, representación, suposición y simulacro. Siempre inadecuada e impropia; inacabada e incompleta; siempre

---

<sup>49</sup> Es C. Mouffe quien llama a potenciar la tradición democrática ya que esto permitirá establecer una conexión con aquellos valores políticos centrales de igualdad, libertad y pluralidad; subrayando el papel que desempeña cada una de estas dimensiones y su significado en el imaginario político para un nuevo sentido común. Mouffe llama a romper con el consenso post-político del interés propio, individualismo competitivo y anti-estatismo reafirmando la naturaleza agonal de la política –una lucha entre adversarios y no entre enemigos (dónde la construcción de un “nosotros” sea la demarcación de un “ellos”). Destaca la tensión entre dos tradiciones: la del liberalismo político y la democrática. La lógica democrática de construir un pueblo y defender prácticas igualitarias resultará necesaria para definir un demos que contribuya a subvertir la tendencia del discurso liberal al universalismo abstracto. Ver para mayor abundamiento Chantal Mouffe. Por un populismo de izquierda –segunda edición-. Traducción de Soledad Laclau, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2018.

insuficiente y futura. A pesar de ello, no se deja idealizar, no es una idea (reguladora) o un ideal (regulador). Lo mismo que el otro, lo mismo que su diferencia irreductible y no re-apropiable es innegablemente real. El por-venir no significa sólo promesas. Es captar lo incalculable en el reino del cálculo. Es comenzar a hacerse cargo de las deudas.

III. Emmanuel Levinas sin duda es uno de los protagonistas del panorama filosófico francés de estos últimos veinte años. Después de la hegemonía del pos-estructuralismo se produce un viraje hacia la ética y la filosofía política y ello conlleva un interés creciente por sus trabajos; pero también lo fue, la vuelta a la fenomenología de los años 80 y 90 y una renovación mundial del interés por los temas religiosos. Es de destacar que el giro ético de la filosofía contemporánea se consolida en la segunda mitad de los años 80 del siglo XX revalorizando la reflexión ético-práctica como solución a la crisis del agotamiento de la racionalidad teórica. La razón científico-técnica ha excluido a la racionalidad práctica del ámbito de la razón. Tanto la hermenéutica, la teoría crítica, la filosofía analítica, los desarrollos posmodernos convergen en su crítica a la racionalidad instrumental alentados por una recuperación de la racionalidad práctica anclados en Aristóteles y Kant. Levinas postulará una racionalidad ética como complemento de la racionalidad teórica. Identifica la racionalidad teórica con la objetivación y con la idea que el conocimiento implica la pérdida de la alteridad de aquello que se conoce. El conocimiento se formaliza y en esta restricción, entiende que la alteridad se pierde, se diluye. La identificación propia de lo conceptual implicará violencia. El conocimiento objetivo sólo alcanza la verdad en su generalidad, en su pacto con lo universal. ¿Qué es aquello que Levinas le critica al conocimiento (ya sea idealista o realista)? La incapacidad para alcanzar una auténtica trascendencia; un conocimiento que sólo puede conocer a condición de disolver la alteridad. Denuncia la sinonimia entre conocimiento y ontología ya que la idea de ser es aquella que posibilita la adecuación y por ello,

no hay ontología sin objetivación. Propondrá una relación con la alteridad que no anule su trascendencia.

En esta vía se encuentra la ética. Sin embargo, Levinas sabe que no es posible la fundamentación de la ética desde la filosofía de la inmanencia ya que no daría cuenta de una ética que respete la alteridad indiscernible del Otro. Si el Bien no está mediado por nada, Levinas centrará la ética desde una trascendencia que sea irreductible a la inmanencia, de modo que el sujeto no pueda medir la totalidad de lo real. Defensa de la existencia en la sensibilidad de una significación irreductible al conocimiento, que es la proximidad. El sujeto encuentra la alteridad sin absolverla, porque el otro significa a través de un mandato irrecusable y responsable, que me impide ser indiferente y posibilita la apertura del recibir. El mandato es lo que hace insustituible al yo. El movimiento del yo consiste en el Deseo que encierra la idea de infinito descubierta en el rostro del Otro que se aproxima sin adueñarse de su trascendencia. Es en la proximidad del Infinito donde el Bien comienza a tener significado. Es la tendencia hacia el Bien -no hacia la verdad- por el que el Deseo se revela como bondad. El yo por ser finito es diferente, lleva en su seno una huella de la alteridad que le resulta constitutiva. La diferencia lo constituye, lo interpela. Esta racionalidad alternativa debe incluir el encuentro con la alteridad. El Bien no es algo natural o innato; es algo ganado a la realidad. Se accede al Bien desde el contacto con la exterioridad. En la obligación ética del encuentro con el Otro halla Levinas los indicios de una nueva racionalidad: previa a todo conocimiento, inmediata, que no requiere de aclaración posterior, reivindicativa de lo particular y valorativa de la justicia.

En nombre de la irreductibilidad infinita del otro, Levinas ha tratado de volver a pensar –dice Derrida<sup>50</sup>- toda la tradición filosófica. Refiriéndose a aquello que en el otro sigue siendo

---

<sup>50</sup> J. Derrida. ¡Palabras! Instantáneas filosóficas. Traducción de Cristina de Peretti y Paco Vidarte. Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, (p. 49).-

Irreductible, infinitamente otro, desplazando la ontología. Esta última en nombre de lo Mismo y del ser terminaba -desde Platón a Heidegger- reduciendo esa alteridad. Para ello, contrapuso aquello que denominó metafísica o filosofía primera. Levinas parte de una tradición judaica y de una reinterpretación de la fenomenología pero refiriendo a un Platón que hablaba “de lo que está más allá del ser” y conservando cierta fidelidad con Descartes respecto de la idea de Infinito –que “precede en mí a toda finitud”-. Fidelidad infiel con la ontología. No puede haber amistad, hospitalidad o justicia sino ahí donde, aunque sea incalculable, se tenga en cuenta la alteridad del otro como alteridad infinita, absoluta o irreductible. La hospitalidad no se reduce simplemente a la acogida –aunque también lo sea- como actitud primera del yo ante el otro, de rehén; sino a la apertura que es siempre antes. La hospitalidad es siempre primera, antes de ser yo mismo, antes de ser quien soy, es preciso –dice Derrida- que la irrupción del otro haya instaurado esa relación conmigo mismo. Soy el invitado del otro al acoger al otro a mi casa. Ello define mi propia responsabilidad. Soy “presa del otro” cuando digo “Heme aquí”. Sin embargo, esa relación está siempre en tensión y la ética ha de fundarse en ella. Desde el momento en que estoy en relación con el rostro del otro, en que hablo al otro, y en que escucho al otro, la dimensión del respeto está abierta. Debemos lograr que la ética esté en consonancia con esta situación y que resista a todas las violencias posibles.

¿Cuál es el papel que juega el tiempo –desde una perspectiva levinasiana- para realizar una apertura de la inmanencia? Si la filosofía de Levinas consiste en una vía para salirse de la inmanencia, la noción de temporalidad se convierte en una clave imprescindible. Levinas propone la noción de diacronía como alternativa a la conciencia, propia de la intencionalidad husserliana. La intencionalidad levinasiana es la temporalidad en contacto con la alteridad no personal. Levinas presenta el tiempo como una relación que preserva la alteridad y por eso, no puede ser intencional. Si la intencionalidad husserliana –a través de la representación y de la conjunción de tiempo, conciencia y

sentir- conduce lo otro hasta la presencia; el tiempo levinasiano (diacrónico) es aquella dimensión de la realidad que escapa a la conciencia, a la presencia, al saber, a la intención, al ser; y dónde se invierte la intencionalidad, el sujeto depone su poder y la racionalidad se amplía. Es en el intento de abrirse a la trascendencia sin reducción alguna a la inmanencia. El tiempo así concebido sólo contiene diferencias cualitativas y espaciales que no son irreductibles a la sincronización que soporta toda definición o determinación de la esencia o sustancia de algo, pura pasividad de la conciencia. Detrás de la presencia se encuentra la diacronía, el devenir de las experiencias, el antes y el después, el pasado y el futuro. Levinas se esfuerza por mostrar el tiempo en tanto que modalidad de acceso a la subjetividad. El referirse al Otro es el tiempo. Tiempo diacrónico, no tematizable, no recuperable por la memoria porque es irrepresentable al no englobar contenido alguno, es la versión del yo hacia el Otro por la que el yo responde del Otro hacia el Infinito. El tiempo es una relación con lo que no está dado, con lo Otro, donde resulta posible descubrir la identidad del sujeto, sin recurrir a sustancia alguna y alcanzar un tiempo no-intencional, irreductible, dando lugar a la novedad de la diferencia. La diacronía consiste en una suerte de realidad de lo imposible: la excedencia de la realidad respecto de la conciencia.

El instante es –subraya Levinas- consumación de la existencia. El instante encierra un acto por medio del cual, la existencia se adquiere. Cada instante es apertura, comienzo, nacimiento, relación, conquista. La diacronía supone que cada instante es otro, es una novedad respecto de otro (instante). Se impone la raíz judía de la noción levinasiana de tiempo. Tiempo como garantía, fecundidad, nacimiento, advenimiento de lo nuevo, renovación; en oposición a la concepción griega, de un tiempo ajeno a la noción de creación. Tiempo de degradación, de negatividad, de un proceso de evolución degenerativa, de cambio de más a menos. La materia aportaba la degradación y representaba la caída en lo plural y lo real, tiempo percibido como lo puramente negativo. Por eso, el devenir griego resulta pesimista



ya que representa una marcha hacia la muerte. Levinas optará por pensar el instante –no ya en función del tiempo o de la duración- sino en función de la existencia misma, en su acontecer efectivo. Ello implicará pasar a la noción de un sujeto que no se definirá más por el poder, la libertad, el saber, la verdad, ni la disposición sobre los acontecimientos que lo rodean. Temporalizar el tiempo significa para este autor, el encuentro con lo otro concreto que no es conciencia sino heteronomía, que no causa ni fundamenta la conciencia; pero que sin dudarlo, la afecta y determina. Se trata de una nueva modalidad de la conciencia, como pasividad extrema o como de otro-modo-que-poder (posición). El ser no agota para Levinas el sentido, no coincide absolutamente con él. Esa no coincidencia resulta ontológicamente irrecuperable, adviene como excedencia, excepción, como humanidad y multiplicidad.

Nietzsche decía que en el origen no está la identidad, sino en la diferencia. Fragmentos, lo diverso y múltiple, lo imposible de reconducir a la unidad, lo que se resiste a entrar a una síntesis totalizadora. Recurriendo a una imagen cabalística se tratará de reunir las chispas dispersas y como en un juego armar con ellas figuras, cuadros móviles, escenas que den nueva condición a la vida. El yo no es el ser que recogiendo los residuos de un instante pasado intenta un instante nuevo, anudando de esta forma -en una sola trama- el hilo entrecortado de la historia. Es exigencia de lo no definitivo, es necesidad de tiempo. Es necesidad de una fecundidad milagrosa en el instante mismo mediante el cual el yo recomienza como Otro. La auténtica obra del tiempo pareciera ser la de liberar al yo de la identidad que lo fija y condena a ser sí Mismo. En armonía con H. Arendt, Levinas considerará al yo como lugar de inicio, en la forma de un encuentro liberador con el Otro. El tiempo como inicio evidencia que el ser no se produce de un sólo golpe. Es lo no-definitivo de lo definitivo. Alteridad que siempre vuelve a empezar lo ya cumplido, el siempre de un recomenzar perpetuamente reiterado, en el puro empeño de la existencia. Aquella esperanza del yo que espera en el presente para el presente.

El tiempo es discontinuo, no hay continuidad en el ser. Muerte y resurrección constituyen el tiempo. Tal estructura supone la relación del yo con el Otro y en ella, la fecundidad que a través de lo discontinuo, constituye el tiempo. Un tiempo no lineal sino lleno de interferencias, retrocesos, escombros, fantasías incumplidas y gritos no escuchados. La realidad es lo que es, pero será una vez más, otra vez, recobrada y perdonada.

Dos son las maneras principales de entender el tiempo. Una mítica que sostiene y se sostiene en la ilusión de auto-engendramiento e inmortalidad, la que diviniza y aspira a la pureza del origen. Otra, la filiatoria, que asume la condición mortal y fallida de lo humano y entiende la eternidad como aquello que se teje en la sucesión de generaciones, la transmisión y la ley. En la primera, el tiempo provoca un incestuoso reflujo sobre sí mismo. En la segunda, el tiempo es apertura e incertidumbre, apuesta y riesgo. Ambas nociones se entrecruzan y solapan tanto en lo individual como en lo epocal y social. Toda tendencia totalitaria regresa al mito, anulando el tiempo y su correlato, la alteridad. Lo hace como origen puro, como sustancia idéntica a sí misma. Toda posición filiatoria –como cifra de finitud y ligadura-, da lugar a lo pasado en tanto pasado y a lo perdido en tanto perdido. Sólo sosteniendo la frágil dinámica entre memoria y olvido, entre continuidad y ruptura, entre conservación y renovación será posible un espacio común, un tiempo abierto, sin negacionismos, ni perdonando lo imperdonable aunque la aporía del perdón<sup>51</sup> im-posible diga que sólo se pide perdón por lo que es imperdonable. Siempre se deberá priorizar dos etapas esenciales: establecer la verdad y hacer justicia. El perdón no hace justicia; así como tampoco no habrá que confundir arrepentimiento con amnistía. Es Jankélevitch el que hablaba del deber de no perdón ya que este puede engendrar

---

<sup>51</sup> Un perdón más allá del cálculo, más allá de la excusa, de la amnesia, de la amnistía, de la absolución o de la prescripción, más allá de la petición de perdón, más allá del arrepentimiento transformador. J. Derrida. Canallas –Dos ensayos sobre la razón-, ídem, (p. 178).

el olvido. El perdón –que es siempre un asunto individual- es heterogéneo al derecho. Aunque posible, resultara inauténtico.

## **Bibliografía**

### ***a.- Obras de Emmanuel Levinas***

- Levinas, Emmanuel, “La teoría fenomenológica de la intuición”. Ediciones Sígueme S.A., Salamanca, España, 2004.
- “Descubriendo la existencia con Husserl y Heidegger”. Editorial Síntesis S.A., Madrid, España, 2005.
  - “Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo”. Colección Popular 626. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2001.
  - “De la evasión”. Traducción de Isidro Herrera. Introducción y notas de Jaques Rolland. Arena Libros. Madrid, España, 1999.
  - “De la existencia al existente”. 2ª edición. Arena Libros S.L. Madrid, España, 2006.
  - “El tiempo y el otro”. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona, España, 1993.
  - “Dios, la muerte y el tiempo”. Ediciones Cátedra. Segunda Edición. Madrid. España, 1998.
  - , “Totalidad e Infinito. Ensayo sobre la exterioridad”.. Ediciones Sígueme. Salamanca, España, 1997.
  - “De otro modo que ser o más allá de la esencia”. Ediciones Sígueme. Salamanca, España, 1995.
  - “Entre Nosotros. Ensayo para pensar en otro”. Pre-Textos. Valencia, España, 1993.
  - “Noms Propres” Fata Morgana. Montpellier. France. 1976.
  - “Difícil Libertad. Ensayos sobre el judaísmo”. Ediciones Lilmod. Colección Estudios y Reflexiones. Fundación David Calles. Buenos Aires, Argentina, 2004.
  - “Primera Lección” en “Cuatro lecturas Talmúdicas”. Riopiedras Ediciones. Barcelona, España, 1996.
  - “De lo sagrado a lo santo. Cinco Lecturas Talmúdicas. Riopiedras Ediciones, Barcelona España, 1998.

- “El Estado del César y el Estado de David” en “Más allá del versículo. Lecturas y Discursos Talmúdicos”. Ediciones Lilmod. Colección Estudios y Proyectos. Fundación David Calles para la Difusión del Humanismo. Buenos Aires, Argentina, 2006.
- “Trascendencia y Altura” en “La realidad y su sombra”. Mínima Trotta. Madrid, España, 2001.
- “Trascendencia e inteligibilidad. Seguido de Una Conversación”. Ediciones Encuentro S.A. Opúscula Philosophica 26. Madrid, España, 2006.
- “Ética e Infinito”. La balsa de la Medusa, 41. A. Machado Libros. S.A., Madrid, España, 2000.
- “Humanismo del otro hombre”. Siglo XXI Editores. Distrito Federal, México, 2006.
- “Fuera del Sujeto”. Fata Morgana. Cognac, France, 1987.-
- “Los imprevistos de la Historia”. Ediciones Sígueme. Salamanca, España, 2006.

b. Obras pertinentes

- “Emmanuel Levinas. Un compromiso con la Otredad. Pensamiento ético de la intersubjetividad”. Revista *Anthropos*. Huellas del Conocimiento N<sup>o</sup> 176, Barcelona, España, enero – febrero de 1998.-
- Abensour, Miguel, “El mal elemental” en Levinas, Emmanuel Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Benso, Silvia “The face of things. A different side of ethics” Albany State, University of New York, USA, 2000.
- Bensussan. Gérard en “Levinas y lo político. Pablo Dreizick (compilador), Prometeo libros, Buenos Aires, Argentina, 2014.-
- Blanchot, Maurice. “Nouvelle Revue Francaise, N<sup>o</sup> 179”, 1967.-
- “La escritura del desastre”, Gallimard, París, 1980
- Bloom, Allan. “Gigantes y enanos. Interpretación sobre la historia socio-política de Occidente” GEDISA 1999.
- Butler, Judith. “Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría preformativa de la asamblea”. Traducción María José Viejo, Editorial Paidós SAICF, 2017.

- Catherine Chalié. "Levinas. La utopía de lo humano". Traducción Miguel García – Baró, Riopiedras Ediciones, Barcelona, España, 1995.
- "La huella del infinito. Emmanuel Levinas y la fuente hebrea." Traducción de María Pons Irazazábal Herder Editorial, Barcelona, España, 2004.-
- Derrida, Jaques. "Adiós a Emmanuel Levinas. Palabra de Acogida." Mínima Trotta. Editorial Trotta S.A., 1998.
- "Violencia y metafísica (ensayo sobre el pensamiento de Emmanuel Levinas)" en "La escritura y la diferencia", traducción de Patricio Peñalver, Siglo XXI Siglo Clave 3 Anthopos, Barcelona 2012.-
  - "Dar la muerte". Editorial Paidós, España, Barcelona, 2000
  - "Políticas de amistad. Seguido del oído de Heidegger". Traducción de Patricio Peñalver y Francisco Vidarte. Editorial Trotta, Madrid, España, 1998.-
  - "Fuerza de ley" –El fundamento místico de la autoridad-. Traducción Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002.
  - "Espectros de Marx –El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional-.". Trotta Editorial, Madrid, España, 2012.
  - "Canallas". Dos ensayos sobre la razón. Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 2003.-
  - ¡Palabras! Instantáneas filosóficas. Traducción de Cristina de Peretti y Pacvo Vidarte. Editorial Trotta, Madrid, España, 2001.-
  - y A. Dufournantelle. "La hospitalidad" –traducción y prólogo Mirta Segoviano- Ediciones de la Flor. Argentina, 2000.
- Descartes, René. "Meditaciones metafísicas". Novena edición Traducción del latín por Juan Gil Fernández, Aguilar Argentina S.A. ediciones, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- Kronzonas, David. "Emmanuel Levinas: entre la filosofía y el judaísmo". Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina, (2015).
- Laclau, Laclau. Emancipation(s) Verso, London, U.K., 2007
- Leconte, Mariana. "Racionalidad y Próximidad. La significancia ética como origen de la significación en Emmanuel Levinas" Corrientes, Argentina, 2009.

- López Gil, Marta. Liliana Bonvechi. “La imposible amistad. M. Blanchot y E. Levinas”. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- Lipsitz, Mario. “Eros y nacimiento fuera de la ontología griega: Emmanuel Levinas y Michel Henry”. Prometeo libros. Universidad Nacional de General Sarmiento. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- Llewelyn, John. “Emmanuel Levinas. La genealogía de la ética”. Ensayos 138. Ediciones Encuentro. Madrid, España. 1999.
- G. D. Mole en “Levinas, Blanchot, Jabès. Figures of Estrangement”. Gainesville, Univesity Press of Florida, USA, 1997.
- Mouffe, Chantal. Por un populismo de izquierda –segunda edición-. Traducción de Soledad Laclau, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2018.-
- Stephen, Moses.”Système et Révelation. La Philosophie de Franz Rosezweig”, éds du Seuil, París, 1982
- Poirié, Francois. “Ensayo y Conversaciones.” Traducción de Miguel Lancho. Arena Libros S.R.L., Madrid, España, 2006.
- Salvatore Schiffer, Daniel. “La filosofía de Emmanuel Levinas. Metafísica, Estética y Ética.” Traducción de Heber Cardoso. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- Sucasas, Alberto. “Emmanuel Levinas: judaísmo y filosofía.” (Tesis doctoral).
- “Levinas: lectura de un palimpsesto”. Ediciones Lilmod. Colección Estudios y reflexiones. Buenos Aires, Argentina, 2006.
  - “El rostro y el texto. La unidad de ética y hermenéutica”. Anthropos Editorial. Barcelona, España. 2001.
  - “Memoria de la Ley.” Editorial Altamira. Buenos Aires, Argentina, 2004.

# Consenso Fiscal. Una mirada desde la teoría de los juegos

*Fiscal Consensus. A look at it from game theory*

*Consenso Fiscal. Uma olhada desde a teoria dos jogos*

*Consensus fiscal. Un regard sur la théorie des jeux*

税收共识。博弈论的视角。

Luciano Verneti<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14 VERANO 2019/20 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e364>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5370-8438>

Recibido: 01/11/2019

Aprobado: 09/02/2020

**Resumen:** La aplicación de la teoría de los juegos, en especial de “La batalla de los sexos” facilita el análisis del proceso de negociación y los motivos por los que se producen los resultados. Se ha podido verificar que los actores se integran formando constelaciones, en las cuales, dependiendo de las circunstancias históricas, el factor común de unión puede variar. En algunos casos la unión es de tipo político, en otros la unión es por características de las provincias (chicas o grandes), actividades económicas relevantes en las provincias (por ej. el petróleo o la actividad vitivinícola), y en otras la unión está basada en la resistencia a la propuesta.

**Palabras clave:** Derecho Fiscal; teoría de los juegos

---

<sup>1</sup> Abogado, especialista en Tributación por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**Abstract:** The application of game theory, especially “The Battle of the Sexes” facilitates the analysis of the negotiation process and the reasons for the results. It has been possible to verify that the actors are integrated forming constellations, in which, depending on the historical circumstances, the common factor of union can vary. In some cases the union is political, in others the union is due to characteristics of the provinces (small or large), relevant economic activities in the provinces (e.g. oil or wine activity), and in others the union is based on resistance to the proposal.

**Keywords:** Tax law; game theory

**Resumo:** A aplicação da teoria dos jogos, especialmente “A Batalha dos Sexos” facilita a análise do processo de negociação e as razões pelas quais os resultados são produzidos. Verificou-se que os atores se integram formando constelações, nas quais, dependendo das circunstâncias históricas, o fator comum de união pode variar. Em alguns casos a união é de tipo político. em outros a união é por características das províncias (pequenas ou grandes), atividades econômicas relevantes nas províncias (por exemplo petróleo ou a atividade de vinificação), e em outros a união baseia-se na resistência à proposta.

**Palavras-chave:** Direito Fiscal; teoria dos jogos

**Résumé:** L’application de la théorie des jeux, en particulier “La Bataille des Sexes” facilite l’analyse du processus de négociation et les raisons pour lesquelles les résultats sont produits. Il a été vérifié que les acteurs s’intègrent en formant des constellations dans lesquelles, selon les circonstances historiques, le facteur commun d’union peut varier. Dans certains cas, l’union est politique, dans d’autres, elle est basée sur les caractéristiques des provinces (petites ou grandes), les activités économiques de chacune (par exemple, activité pétrolière ou viticole), et dans d’autres, l’union est fondée sur la résistance à la proposition.

**Mots clés:** droit fiscal; théorie des jeux

**摘要:** 博弈论的应用,尤其是“性别之战”,有助于分析谈判过程以及产生结果的原因。业已证实,行为者整合了形成的星座,在其中,根据历史情况,结合的共同因素会有所不同。在某些情况下,工会是政治性的,而在另一些情况下,工会是由于各省(大小)的特征,各省的



相关经济活动(例如,石油或葡萄酒活动)引起的,而在其他情况下,工会则是由于基于对该建议的反对。

**关键词:** 税法博弈论

---

## I. Introducción

En el año 2017 en la República Argentina al firmarse el pacto entre la Nación y las provincias denominado “Consenso Fiscal”, se produjo un proceso similar o asimilable al “Pacto Federal Fiscal I” y lo sucedido al tiempo de firmarse el mismo en el año 1992.

Con relación al “Pacto Federal Fiscal I” Cristian Altavilla ha realizado un interesante trabajo titulado “Procesos de Negociación en las relaciones intergubernamentales”<sup>2</sup> en el cual se aborda el análisis de las relaciones y negociaciones intergubernamentales desde la teoría de los juegos. La ciencia jurídica, como ciencia social, debe -entre otras cosas- entender, comprender y explicar la forma en que se modifica el derecho vigente, y cómo son los procesos sociales y socio jurídicos que traen cambios en el ordenamiento vigente.

Altavilla aborda dicha tarea desde el ámbito de la teoría de los juegos, esbozando una hipótesis con relación a cómo se arribó al Pacto Federal Fiscal I, esta hipótesis pudo ser verificada en forma positiva. La pretensión del presente trabajo es intentar verificar si la hipótesis postulada puede ser verificada con relación al “Consenso Fiscal”, o si cuando la aplicamos en este caso la hipótesis es refutada.

La ciencia no sólo avanza con la formulación de nuevas tesis e hipótesis sino también con poner a prueba todas las veces que se pueda una existente.

---

<sup>2</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos de Negociación en las relaciones intergubernamentales. El Pacto Fiscal Federal I”, Revista Perspectivas de Políticas Públicas, Argentina, Año 1 N° 2 (Enero-junio 2012), pp. 175-220.

## II. Procesos de Negociación en las relaciones intergubernamentales. Ayer y hoy el mismo problema

Altavilla realiza un análisis de la situación fiscal acaecida durante la década de 1990, con especial referencia a los pactos suscriptos en dicho contexto vinculados a la distribución de recursos coparticipables y la distribución del poder tributario, explicando:

“Todos estos acuerdos fueron llevados a cabo a través de acuerdos formales (que recibieron el nombre de pactos fiscales) celebrados entre los titulares de los poderes ejecutivos tanto de la nación como de cada una de las provincias que integran la federación argentina. Esto implicó el consentimiento previo prestado por los gobernadores que –de esta manera– vienen a consentir el proceso de reforma llevado adelante por el gobierno nacional. A pesar de ello, los gobernadores (principales actores intervinientes en estos procesos de negociación) no quedaron del todo satisfechos con los resultados obtenidos y puede observarse que en el largo plazo tales acuerdos fueron en detrimento de las provincias. ¿Por qué entonces estos pactos fueron firmados por los gobernadores?”<sup>3</sup>

Desde el inicio de la gestión del ex presidente Macri en el gobierno nacional, se planteó como objetivo la firma de nuevos acuerdos fiscales que permitan culminar con una nueva Ley de Coparticipación Federal.

Ya en un comienzo la postura, de esa gestión, del gobierno nacional fue tomar la iniciativa, a poco de asumir dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 73/2016<sup>4</sup> derogando el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2.635/2015<sup>5</sup> que había dispuesto el cese

<sup>3</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 176.

<sup>4</sup> Poder Ejecutivo Nacional. *Decreto 73/2016*, recuperado el 14 de diciembre de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257722/norma.htm>.

<sup>5</sup> Poder Ejecutivo Nacional. *Decreto 2635/2015*, recuperado el 14 de diciembre de 2017 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/255838/norma.htm>.

para todas las provincias de la detracción del quince por ciento de la masa de impuestos coparticipables destinado al sistema previsional, generalizando los efectos de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas en juicios iniciados por algunas provincias. De esta forma, y con los fondos en sus arcas nuevamente en su poder la Nación inició un proceso de negociación culminando ello en el “Acuerdo de devolución del 15 %” suscrito el 23 de mayo de 2016. Más cerca en el tiempo se firma en agosto de 2017 el pacto de responsabilidad fiscal<sup>6</sup> y el 16 de noviembre de 2017 el “Consenso Fiscal”.

Como puede verse los procesos de 1990 – 1993 son similares -no iguales- a los ocurridos entre 2015 y 2017, en especial lo ocurrido entre el “Pacto Federal Fiscal I” y el “Consenso Fiscal”, siendo válida para este último la pregunta ¿Por qué firmaron los gobernadores?

Para dar respuesta a dicha pregunta con relación al “Pacto Federal Fiscal I” Altavilla propuso el siguiente esquema:

“(es) necesario poner de resalto qué variables han intervenido en aquellos procesos de negociación, como así también identificar con qué recursos cuentan cada uno de los actores intervinientes y cómo han sido utilizados, qué percepciones han tenido estos actores sobre el contexto, sobre los demás actores y sobre todo, cómo han percibido las potenciales pérdidas y ganancias puestas en juego. Finalmente, cuál es el marco institucional dentro del cual aquellas relaciones fueron llevadas a cabo y cómo estas reglas influyeron sobre los actores, sus recursos y sus decisiones.”<sup>7</sup>

La hipótesis de trabajo se basa en que:

<sup>6</sup> Jueguen, Francisco (18/08/2017). “El Gobierno pacta con los gobernadores contener el gasto y el empleo público”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.lanacion.com.ar/2054405-el-gobierno-pacta-con-los-gobernadores-contener-el-gasto-y-el-empleo-publico>.

<sup>7</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 176.

“ciertas características del diseño institucional posibilitan comportamientos oportunistas y de “free rider” en ambos niveles de gobierno. El contexto institucional donde los actores se desenvuelven está definido por su debilidad (dado que no constriñe lo suficientemente los comportamientos oportunistas) y, consecuentemente, por su maleabilidad y flexibilidad por parte de los mismos actores involucrados en orden a sus propios intereses. En consecuencia, el comportamiento oportunista y de corto plazo es parte del conjunto de reglas que rigen las relaciones entre los distintos niveles de gobierno”<sup>8</sup>

Como primera aprensión nos surge la ausencia del concepto de “free rider”<sup>9</sup>, fin de superar ello entenderemos el concepto en el marco de la teoría de los juegos como aquel sujeto que trata de maximizar su beneficio a costa de los demás e incluso a costa de lo que podríamos denominar el bien común, o en otras palabras aquel individuo que se beneficia mientras otros asumen los costos o esfuerzos, convirtiéndose en la principal dificultad para que se provean voluntariamente bienes públicos.

### III. Marco teórico. Institucionalismo de actores.

Exponiendo el marco teórico Altavilla explica:

“El supuesto principal de nuestro marco teórico parte del impacto que tienen las instituciones sobre el sistema político y, en particular, sobre los actores que en él se desenvuelven. En el primer caso (es decir, el impacto sobre el sistema político), el marco institucional delimitará sus capacidades de resolución de conflictos y la efectividad de las mismas; en el segundo caso (el impacto sobre los actores políticos), las instituciones actuarán como

<sup>8</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 177.

<sup>9</sup> La traducción literal del este anglicismo es jinete libre o conductor libre, y la definición del diccionario de inglés para dicha frase significa una persona o empresa que obtiene una ventaja sin pagarla ni ganarla. Véase <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/free-rider>.

factores que imponen restricciones al libre actuar de los individuos, al mismo tiempo que moldean las preferencias y percepciones de estos; asimismo, las instituciones forman y moldean las capacidades con que han de actuar aquellos y les da el alcance que efectivamente puedan llegar a tener. Una herramienta analítica que resulta propicia para encarar el análisis desde lo institucional es el denominado institucionalismo centrado en actores (actor-centered institutionalism). Este nuevo enfoque realiza una especial combinación de los conceptos constelaciones de actores y de modos de interacción. Una constelación es el conjunto de actores (con sus respectivas capacidades y orientaciones de acción – percepciones y preferencias) involucrados en un determinado proceso político, y el posible resultado de una política como consecuencia de las decisiones estratégicas empleadas por aquellos. El concepto se asemeja a la noción de “matriz de juego” que emplea la teoría de juegos tradicional, pero introduce una modificación que resulta sustancial. Mientras el “juego”, desde el enfoque de la teoría de juegos, es descripto a partir del supuesto de que los jugadores están usualmente asociados con un único modo de interacción entre ellos (generalmente en el modo de un juego no cooperativo): “nuestra conceptualización asume que en principio cada constelación dada puede ser jugada en una variedad de modos de interacción – no sólo como un juego «no cooperativo», sino también como un «juego cooperativo» (cuando las estrategias son elegidas por un acuerdo negociado) o como un «juego de voto» (cuando las estrategias están determinadas por la regla de la mayoría) o como un «juego jerárquico» (cuando las estrategias de uno o más actores pueden ser determinadas por la elección unilateral de otro actor)” (Scharpf 1997:69).<sup>10</sup>

### Finalmente agrega

“Constelaciones de actores. Conservando el poder analítico de la teoría de los juegos, pero sin caer en el error de

<sup>10</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit . , p. 177.

observar al mundo en términos de juegos no cooperativos, Scharpf (1997) utiliza la idea de matriz de juego, a la que denominará constelación de actores: “Las «constelaciones de actores» se supone que representan lo que sabemos del conjunto de actores que están involucrados realmente en interacciones políticas particulares – sus capacidades (traducidas en potenciales «estrategias»), sus percepciones y evaluaciones de los resultados obtenibles (traducidos en «pagos») y el grado en que sus aspiraciones de pagos son compatibles o incompatibles entre sí” (Scharpf 1997:72).<sup>11</sup>

En las relaciones entre el actor y las instituciones, la incidencia de estas se da por el lado de las percepciones, las preferencias y las capacidades de los actores individuales o colectivos, y en la forma en que estos actúan.

Las instituciones son, sin duda, la principal fuente de información de los actores y el principal factor que influye sobre sus decisiones, en el sentido de que reducen los incentivos para seguir ciertas estrategias de acción y aumentan los incentivos para realizar otras<sup>12</sup>. Las instituciones varían entre sociedades de diferentes naciones y también cambian a lo largo del tiempo.

En cuanto al aspecto decisional Zurbriggen explica:

“...las instituciones no influyen en las decisiones de una manera determinista, puesto que siempre existen distintas posibilidades de acción que dejan un amplio margen para que los actores elijan entre diferentes opciones tácticas y estratégicas (Scharpf, 1997: 39-42) ...Ello implica reconocer que los resultados de política no son un simple cumplimiento de reglas institucionalizadas o normas culturales, sino que es una acción que el actor desarrolla con una intencionalidad: la de obtener resultados preconcebidos.”<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 178.

<sup>12</sup> Zurbriggen, Cristina (2006). “El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas”. *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, Volumen 26, N° 1 (2006), pp. 67-83, recuperado el 18 de enero de 2018 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2006000100004>.

<sup>13</sup> Zurbriggen, Cristina (2006). “El institucionalismo...”, ob. cit.

## IV. Contexto. Actores e Instituciones

En este punto se intenta exponer el contexto en el que fue desarrollado el proceso de negociación del “Consenso Fiscal”, los actores que intervinieron y las instituciones que regulaban la actuación de estos.

### IV.1. Contexto

En cuanto al contexto en que se desarrolló la negociación para arribar al acuerdo existen algunos hechos que son importantes a los efectos del análisis. Hoy estamos temporalmente cerca de los hechos, ello tiene como ventaja haber podido seguir momento a momento lo acontecido, por otro lado tiene como desventaja no tener una perspectiva histórica sobre los efectos concretos del “Consenso Fiscal”.

#### IV.1.1. Elecciones 2017

El 22 de octubre de 2017 se celebraron las elecciones legislativas de medio término, que renovaron la mitad de la Cámara de Diputados de la Nación y un tercio del Senado de la Nación, como resultado de dicha elección la alianza política “Cambiemos”<sup>14</sup> que lideraba el ex presidente Macri se impuso en trece provincias y consolidó su triunfo como la fuerza más votada a nivel país.

El Dr. Federico Landera en el informe publicado para la Universidad Austral<sup>15</sup>, señala que Cambiemos obtuvo el primer lugar en las elecciones legislativas para diputados nacionales

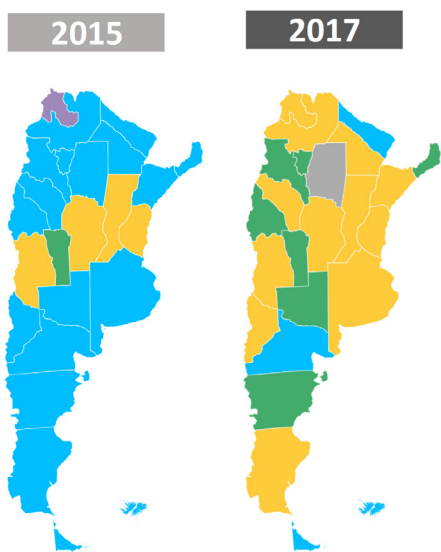
---

<sup>14</sup> El término “Cambiemos” será utilizado para denominar a la alianza de gobierno que en encabeza el presidente Macri. Entre las principales fuerzas que forman la alianza son la Unión Cívica Radical y la Coalición Cívica.

<sup>15</sup> Landera, Federico (2017). “Elecciones 2017 vs. 2015: el nuevo mapa político del país”. Universidad Austral. Se ha consultado una presentación recuperada el 10 de enero de 2018 de [https://www.slideshare.net/jucarguello/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pas?from\\_action=save](https://www.slideshare.net/jucarguello/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pas?from_action=save). Véase también presentación oficial de la Universidad en <http://www.austral.edu.ar/contenido/2017/10/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pais/>

con el 41,76 %, logrando un crecimiento del 21,64 % con respecto a las elecciones presidenciales del 2015. Con el 21,83 %, el “Kirchnerismo”<sup>16</sup> obtuvo el segundo lugar en las elecciones del 2017 y sufrió un retroceso del 40,77 % con respecto a las elecciones del 2015.

El citado informe da cuenta de las importantes modificaciones a nivel político que ocurrió en las provincias. Cambiemos fue la fuerza política que ganó en más provincias (trece) y el kirchnerismo sólo en tres. En las elecciones del 2015 Cambiemos había ganado en cuatro provincias y el Kirchnerismo en diecisiete. La infografía<sup>17</sup> refleja en forma visual las modificaciones políticas producidas por las elecciones.



Celeste: Kirchnerismo y aliados. Violeta: Massismo.  
Verde y gris: Partidos Justicialista y partidos provinciales.

<sup>16</sup> El término “Kirchnerismo” será utilizado para denominar a la fuerza política que encabeza la ex presidenta Fernandez de Kirchner. Esta alianza está compuesta por distintos partidos y agrupaciones que se han presentado anteriormente bajo la denominación “Frente para la victoria” y en las elecciones 2017 bajo la denominación “Unidad Ciudadana”.

<sup>17</sup> Landera, Federico (2017). “Elecciones...”, ob. cit.



Ello trajo como consecuencia que la Cámara de Diputados se modificara de la siguiente forma:

Partido o Alianza	2015	% Dipu- tados	2017	% Dipu- tados	% Variación
Cambiamos	86	33,46 %	107	41,63 %	24,42 %
Unidad Ciudadana y aliados (Kirchnerismo)	75	29,18 %	67	26,07 %	-10,67 %
Partido Justicialista	38	14,79 %	40	15,56 %	5,26 %
Frente Renovador y Aliados (Massismo)	35	13,62 %	21	8,17 %	-40,00 %
Izquierda	4	1,56 %	3	1,17 %	-25,00 %
Otros	19	7,39 %	19	7,39 %	0,00 %
Totales	257	100,00 %	257	100,00 %	

Por su parte el senado se modificó de esta manera:

Partido o Alianza	2015	% Senado	2017	% Senado	% Variación
Cambiamos	15	20,83 %	24	33,33 %	60,00 %
Unidad Ciudadana y aliados (Kirchnerismo)	18	25,00 %	10	13,89 %	-44,44 %
Partido Justicialista	25	34,72 %	23	31,94 %	-8,00 %
Otros	14	19,44 %	15	20,83 %	7,14 %
Totales	72	100,00 %	72	100,00 %	

#### IV.1.2. Cronología de un proceso

Concluidas las elecciones, el gobierno nacional se encuentra con el poder político consolidado, y el 30 de octubre de 2017<sup>18</sup> el ex presidente decide plantear los nuevos ejes de Gobierno en el Centro Cultural Kirchner dándole cita a los gobernadores de las provincias. De acuerdo con la prensa, *“El Presidente convocó*

<sup>18</sup> DifusionInfo (30/10/2017). *“Histórico discurso del Presidente Macri en el CCK | 30-10-2017”* [video]. Consultado el 17 de diciembre de 2017 de [https://youtu.be/Eb6H3i6\\_2iQ](https://youtu.be/Eb6H3i6_2iQ).

a un amplio acuerdo nacional para crear empleo y reducir la pobreza”<sup>19</sup>, y entre las palabras de éste se citaba:

“Los convoco a lograr entre todos consensos básicos [...] Tenemos que avanzar en reformas donde cada uno ceda un poco, empezando por los que tienen poder. Y no solo hablo de la política [...] Tenemos que hacerlo en base de la confianza, hablando con la verdad, la buena fe, sin doble discurso, dejando de lado las etiquetas y discursos que impidan que ese diálogo fluya. No digo que sea fácil. El cambio cuesta, pero no hay excusas para no animarse. No hay más excusas. Es ahora o nunca”<sup>20</sup>.

Entre los ejes del discurso se planteó la “*Responsabilidad fiscal*”<sup>21</sup>. Macri llamó a bajar el gasto público y controlar las cuentas provinciales y anunció que presentará un proyecto de reforma tributaria. El ex presidente señaló que era necesaria una nueva relación fiscal entre la Nación y las provincias, con una distribución de recursos “equitativa” agregando que otro tema a trabajar es “*desandar juntos la escalada de impuestos*”, “*necesitamos menos impuestos... y todo esto lo debemos lograr con equilibrio fiscal*”. Puntualmente luego señaló “*Lamentablemente tenemos impuestos que ningún país tiene, impuestos demasiado altos, con una distribución poco equitativa y un sistema impositivo complicado y engorroso*”<sup>22</sup>, “*... por eso queremos avanzar con las provincias y con los municipios ... el miércoles vamos a presentar un esquema de reforma tributaria con mira en la equidad y el largo plazo...*”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> La Nación (30/10/2018). “Mauricio Macri, en el CCK: “Tenemos que avanzar en reformas donde cada uno ceda un poco”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2077597-mauricio-macri-plan-de-reformas-ckk>.

<sup>20</sup> La Nación (30/10/2017). “Mauricio...”, ob. cit.

<sup>21</sup> DifusionInfo (30/10/2017). “Histórico ...”, ob. cit. Véase el momento preciso del discurso en [https://youtu.be/Eb6H3i6\\_2iQ?t=689](https://youtu.be/Eb6H3i6_2iQ?t=689).

<sup>22</sup> DifusionInfo (30/10/2017). “Histórico ...”, ob. cit. Véase el momento preciso del discurso en [https://youtu.be/Eb6H3i6\\_2iQ?t=1009](https://youtu.be/Eb6H3i6_2iQ?t=1009).

<sup>23</sup> DifusionInfo (30/10/2017). “Histórico ...”, ob. cit. Véase el momento preciso del discurso en [https://youtu.be/Eb6H3i6\\_2iQ?t=1009](https://youtu.be/Eb6H3i6_2iQ?t=1009).

Así el gobierno nacional es quien realiza la primera movida. En la semana que principió el 6 de noviembre de 2017 existieron muchas reuniones bilaterales con gobernadores y ministros de provincias<sup>24</sup>.

La primera movida del gobierno se completa con la reunión del 9 de noviembre, en la cual el ex presidente junto a sus principales ministros presenta a los gobernadores el modelo de pacto denominado “Consenso Fiscal” con la clara idea de firmarlo el 12 de noviembre de 2017.

La reacción de los gobernadores, de acuerdo con la prensa fue la siguiente:

“Casi uniforme, el mutismo -o la opinión superficial- de los gobernadores fue la respuesta más elocuente al “consenso fiscal” que les propuso Mauricio Macri, un pacto en los papeles gradual para eliminar Ingresos Brutos y sellar el déficit cero... El texto tensó a los gobernadores que, rápido, pusieron a sus gabinetes a analizar el impacto en sus provincias. No sólo por la baja, progresiva hasta 2021, de IIBB<sup>25</sup> a la actividad productiva sino por un manajo de medidas sensibles...”<sup>26</sup>

Como elementos de presión surgieron:

“...por un lado, que en los distritos que no adhieran empezará a regir el Pacto Fiscal de 1993 que impone una baja brusca de II.BB., a la vez que dejarán de recibir recursos del Fondo Sojero...”<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Mercado, Silvia (09/11/2017). “*Todo listo para la firma de los primeros acuerdos entre Mauricio Macri y los gobernadores*”. Infobae, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.infobae.com/politica/2017/11/09/todo-listo-para-la-firma-de-los-primeros-acuerdos-entre-mauricio-macri-y-los-gobernadores/>

<sup>25</sup> La forma común de abreviar el tributo local denominado “Impuesto sobre los Ingresos Brutos” es IIBB o II.BB.

<sup>26</sup> Ibáñez, Pablo (09/11/2017). “*Los detalles del Pacto Fiscal que el Gobierno negocia con las provincias*”. Clarín, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/inquietud-provincias-preparan-discutir-letra-chica\\_0\\_BkXl1rMkf.html](https://www.clarin.com/politica/inquietud-provincias-preparan-discutir-letra-chica_0_BkXl1rMkf.html).

<sup>27</sup> Ibáñez, Pablo (09/11/2017). “*Los detalles...*”, *ob. cit.*

y como elemento de concesión:

“...La promesa de Macri, volcada al papel, es compensar a las provincias con un Fondo que en 2018 será de 16 mil millones y darle recursos extra a la gestión de María Eugenia Vidal...”

“...Como zanahoria, está la resolución del conflicto por el Fondo del Conurbano, que no implicaría drenar los recursos de las otras provincias...”<sup>28</sup>.

Al día siguiente comenzó otra nueva ronda de reuniones bilaterales, ello era así reflejado:

“...El Gobierno apuesta a cerrar el acuerdo por el Pacto Fiscal el próximo jueves para lo cual desde hoy iniciarán una ronda de negociaciones individuales con los mandatarios provinciales...”<sup>29</sup>

Luego de la presentación e impulso inicial, las voces comenzaron a alzarse en contra de un cierre rápido:

“...a contramano del apuro de Mauricio Macri, los gobernadores opositores ven difícil la posibilidad de firmar el jueves próximo el pacto fiscal que el Gobierno les presentó la semana pasada. Los motivos del escepticismo son varios. El principal, coinciden los caciques del PJ, es la heterogeneidad de situaciones, prioridades y urgencias de las provincias de cara a la reforma. ‘Veó muy difícil que lleguemos al jueves. Son demasiadas cosas muy complejas y muy poco tiempo’, sintetizó un ministro de Finanzas del Norte. ‘Además del tiempo, dependemos del grado de flexibilidad que muestre el Gobierno para

---

<sup>28</sup> Pertot, Werner (13/11/2017). “Zanahoria y garrote para las provincias”. Página 12, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.pagina12.com.ar/75591-zanahoria-y-garrote-para-las-provincias>.

<sup>29</sup> Torino, Martín (10/11/2017). “El Gobierno prevé cerrar el acuerdo el próximo jueves, pero con disensos”. El Cronista, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-preve-cerrar-el-acuerdo-el-proximo-jueves-pero-con-disensos-20171110-0056.html>.

hacer correcciones', aportó el vocero de otro gobernador peronista..."<sup>30</sup>

En forma individual las provincias llevaron distintos reclamos y objeciones:

"... 'Está durísimo, algunos piden todo', advertía con fastidio ayer al caer la tarde uno de los funcionarios que recibió ministros de Economía provinciales en la previa de la nueva convocatoria de Mauricio Macri a los gobernadores este jueves, en la Casa Rosada. El Gobierno busca conseguir la firma de buena parte de los mandatarios para avanzar con un amplio paquete de reformas en el Congreso, aunque ante el escenario complicado ya evalúa alternativas, como avanzar con un acuerdo marco y seguir la discusión en el ámbito legislativo"<sup>31</sup>

La estrategia de las reuniones bilaterales se reflejaba de esta manera:

"Para el Gobierno las llamadas 'bilaterales' tienen como objetivo por un lado cotejar y revisar los números de las reformas fiscales, tributarias y previsionales anunciadas por Macri. Y más allá de la discusión técnica, evitar que a partir de los reclamos los mandatarios peronistas unifiquen posiciones para bloquear los proyectos en el Congreso. "Que no se cierren ni se abroquelen", se propusieron en la Casa Rosada"<sup>32</sup>.

Como elementos facilitadores y de presión surgían:

"Como muestra de buena voluntad, en la Casa Rosada adelantaron que la reducción en Ingresos Brutos podrá

<sup>30</sup> Bullrich, Lucrecia (12/11/2017). "Los gobernadores dudan de que se pueda firmar el pacto fiscal esta semana". La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2081633-los-gobernadores-dudan-de-que-se-pueda-firmar-el-pacto-fiscal-esta-semana>.

<sup>31</sup> Bravo, Martín (14/11/2017). "Pacto fiscal: el Gobierno le mete presión a las provincias, pero ya analiza alternativas para el acuerdo". Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/gobierno-presiona-evalua-alternativas\\_0\\_H11ap1YJf.html](https://www.clarin.com/politica/gobierno-presiona-evalua-alternativas_0_H11ap1YJf.html)

<sup>32</sup> Bravo, Martín (14/11/2017). "Pacto...", *ob. cit.*

tener diferentes niveles de acuerdo a las dificultades de cada provincia, uno de los pedidos de los mandatarios. ‘No les vamos a decir cuánto a cada uno, lo importante es que haya una tendencia a la baja’, aseguraron fuentes oficiales. Como contrapartida, la presión tendrá principalmente tres puntos. Para las provincias que no firmen, el 1° de enero comenzaría a regir el pacto fiscal de 1993, por lo que tendrían una reducción mayor de Ingresos Brutos; también podrían dejar de recibir recursos del Fondo Solidario de la soja; y la perspectiva favorable al reclamo de María Eugenia Vidal en la Corte por el Fondo del Conurbano. Sobre este último punto Macri propuso eliminarlo y pasar ese 10 % de Ganancias a la masa coparticipable, con una compensación a Buenos Aires de \$20 mil millones este año, \$40 mil millones el próximo y \$65 mil millones en 2019”<sup>33</sup>.

La situación para los gobernadores era compleja:

“Ante ese escenario un grupo de gobernadores ya estaba anoche más cerca de confirmar el aval. ‘No queda otra, si no terminamos perdiendo peor por los ingresos que eliminan. No tenemos demasiado margen...’<sup>34</sup>.

El 15 de noviembre de 2017 a las 11 hs se convocó a una reunión únicamente de gobernadores en la sede del Consejo Federal de Inversiones, dicha reunión demostró las dificultades ante un pronto cierre, debiendo acudir de urgencia el ministro del Interior a reconducir el conflicto e intentar cerrar el acuerdo. Ello se reflejaba de esta manera:

“Fueron seis horas de reunión. El debate fue arduo y por momentos áspero, tanto que después de las 15, cuando los gobernadores llevaban poco más de tres horas encerrados en el séptimo piso del CFI, llegaron Frigerio, su segundo, Sebastián García de Luca, y el secretario de Hacienda, Rodrigo Pena. El encuentro duró otras tres

<sup>33</sup> Bravo, Martín (14/11/2017). “Pacto...”, *ob. cit.*

<sup>34</sup> Bravo, Martín (14/11/2017). “Pacto...”, *ob. cit.*

horas. De a uno, los ministros de Economía y Finanzas de las provincias subieron desde el primer piso, donde estaban reunidos desde la mañana, para exponer ante Frigerio y los gobernadores el detalle del impacto fiscal del pacto en sus distritos.... El tema pendiente, sobre el que todavía no hay acuerdo y que Frigerio intentará saldar hoy, es la pretensión del Gobierno de que las provincias renuncien a los juicios contra la Nación. Los gobernadores no están dispuestos a bajar sus reclamos sin ser compensados. Molestos, comparan su situación con la de Vidal, que por mantener la demanda por el Fondo del Conurbano recibirá \$ 40.000 millones el año que viene y otros \$ 65.000 millones en 2019”<sup>35</sup>.

“...el ministro del Interior Rogelio Frigerio se reunió con los gobernadores para intentar destrabar las negociaciones.... Sin embargo, pasadas las 15, Frigerio se sumó a la reunión en el CFI luego de que los gobernadores lo llamaran de urgencia. Según pudo saber ámbito.com, los mandatarios peronistas se encuentran analizando a fondo el ofrecimiento de la Casa Rosada pero quieren más tiempo para sellar el esquema de reformas que se les exige a las provincias. El cúmulo de planteos de las provincias y la necesidad de desmenuzar la letra chica del entendimiento amenaza con dilatar la rúbrica del acuerdo detallado, aunque no se descartaba firmar este jueves un entendimiento macro y general, de ‘buena voluntad’...”<sup>36</sup>.

“En el transcurso de la tarde, Frigerio modificó alícuotas y progresión de Ingresos Brutos. Como contó Clarín, el tope se flexibiliza. El Comercio quedará, ad eternum, de

<sup>35</sup> Bullrich, Lucrecia (16/11/2017). “El Gobierno intenta destrabar el acuerdo con las provincias”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2082751-el-gobierno-intenta-destrabar-el-acuerdo-con-las-provincias>.

<sup>36</sup> Diario Ámbito Financiero (15/11/2017). “Pacto fiscal: Frigerio se reunió con gobernadores y aseguró que están “más cerca de un acuerdo”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/903560-pacto-fiscal-frigerio-se-reunio-con-gobernadores-y-aseguro-que-estan-mas-cerca-de-un-acuerdo>

5 %, al igual que en Telefonía. El tope para Comercio, y a partir de qué año empezaba la baja en Servicios Financieros, marcó uno de los cruces más intensos. En IIBB hubo bilaterales con las provincias que tienen Hidrocarburos que había fijado un régimen tributario que este pacto modificaba. Frigerio accedió al pedido. Para el neuquino Omar Gutiérrez, Alberto Weretilneck de Río Negro y Pablo González, el vice de Santa Cruz, ese retoque fue clave. La traba es qué hacer con los juicios radicados en la Corte por las provincias. Suman, contó Uñac, 340 mil millones de pesos que las provincias no quieren resignar ‘a cambio de nada’. Miguel Lifschitz, de Santa Fe, ya le anticipó a Macri en EEUU que no renunciará a un fallo favorable de los cortesanos.... Todo o nada, dicen en Gobierno: o renuncian todos o no renuncia nadie y siguen los juicios en la Corte. En la charla de Frigerio con los gobernadores se repitió, como un mantra, la frase de ‘sacar la litigiosidad de la política’. La cuestión bonaerense, eco de unitarios y federales, estuvo siempre presente porque se discutían sobre fondos para Buenos Aires, pero el gobierno de Vidal no estaba sentado en la mesa. Frigerio-De Luca oficiaron de patrocinantes de la causa bonaerense. ‘hace 25 años que me dedico a temas de provincias: en todos los pactos fiscales, la Nación primereó a las provincias’. Esta vez nosotros no queremos que pierdan dijo el ministro luego de escuchar a Insfrán e Schiaretti quejarse de acuerdos en los ‘90 y en los 2000. Concesiones de ambos lados, el staff oficial confirmó que se coparticipará la recaudación del Revalúo Impositivo -un reclamo de los gobernadores sobre el presupuesto 2018- y que se contemplará el déficit de las cajas previsionales provinciales, un tema hipersensible para trece provincias<sup>37</sup>.

En la mañana del 16 de noviembre de 2017 el ministro del Interior Frigerio tendría una reunión con los gobernadores para intentar cerrar el acuerdo, los puntos pendientes “desistimiento

---

<sup>37</sup> Ibáñez, Pablo (16/11/2017). “Pacto fiscal: negocian esta mañana en la Rosada para cerrar el acuerdo y firmar con Mauricio Macri”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/pacto-fiscal\\_0\\_B1wMGH5yz.html](https://www.clarin.com/politica/pacto-fiscal_0_B1wMGH5yz.html)



de las demandas provinciales contra el Estado nacional y la fórmula de actualización a los jubilados”<sup>38</sup>.

Finalmente, ese mismo 16 de noviembre se firma el acuerdo entre la Nación, veintidós provincias y la Ciudad de Buenos Aires. La provincia de San Luís no aceptó firmar, siendo la principal causa no querer renunciar a un juicio ganado. Días más tarde la ministra de Hacienda de San Luís vertió en la prensa fuertes quejas señalando que recibió un “apriete de la Nación y de otras provincias”<sup>39</sup>.

Resta a esta breve cronología las primeras aplicaciones de los compromisos asumidos, o en términos románticos la prueba de amor de los gobernadores. Esta demostración del compromiso asumido vino de la mano del apoyo de los senadores y diputados en torno a la reforma previsional. En un debate con visiones enfrentadas en torno a si los acuerdos firmados por la Nación y las provincias significaban un ajuste, el oficialismo -de ese momento- dio media sanción a la reforma de la movilidad jubilatoria. Fue con 43 votos afirmativos, 23 negativos y tres abstenciones. Contó con el apoyo de senadores que respondían a los gobernadores peronistas que avalaron el pacto fiscal, que también fue aprobado, al igual que la ley de responsabilidad fiscal<sup>40</sup>.

Pero la situación no fue tan simple en la Cámara de Diputados. La convocatoria a Sesión Especial era el 14 de diciembre de 2017 y destinada a tratar todo el paquete acordado con las provincias, siendo la primera ley que se sometería a votación la

<sup>38</sup> Telam (16/11/2017). “Frigerio define el alcance del pacto fiscal con los gobernadores” recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.telam.com.ar/notas/201711/223278-gobernadores-mauricio-macri-pacto-fiscal-rogelio-frigerio.html>

<sup>39</sup> Telam (22/11/2017). “En San Luis se quejan de un ‘apriete’ de la Nación y de otras provincias” recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.telam.com.ar/notas/201711/225282-en-san-luis-se-quejan-de-un-apriete-de-nacion-y-otras-provincias-por-el-pacto-fiscal.html>

<sup>40</sup> Braslavsky, Guido. (29/11/2017). “El Senado dio media sanción a la reforma previsional y al Pacto fiscal con las provincias”. Clarín recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/senado-avanzo-aprobacion-ley-cambia-movilidad-jubilatoria\\_0\\_HJDxFkTgM.html](https://www.clarin.com/politica/senado-avanzo-aprobacion-ley-cambia-movilidad-jubilatoria_0_HJDxFkTgM.html)

de Reforma Previsional. Si los gobernadores no conseguían que sus diputados colaboren con el Gobierno nacional, el resto del paquete se caía, es decir el retiro de la demanda por el fondo del Conurbano bonaerense y el reparto de fondos entre las provincias, el “Consenso Fiscal”, la Reforma Tributaria y el Revalúo Impositivo<sup>41</sup>. Finalmente, la sesión del día 14 fracasó porque no se pudo lograr el quorum, significando para el gobierno nacional la pérdida de una batalla importante<sup>42</sup>. La nueva sesión se programó para el día 18 de diciembre de 2017, volcando el gobierno nacional toda la presión sobre los gobernadores para que convezan a sus diputados para dar el quorum. La prensa señalaba:

“Tras el escándalo del jueves pasado, la Casa Rosada intensificó la presión a los *gobernadores* para que garanticen la presencia de los diputados de sus provincias en el Congreso. El oficialismo espera sumar a tres representantes de Salta, dos de Entre Ríos, uno de Neuquén y otro de Corrientes, que estuvieron ausentes en la tensa sesión del jueves. La mayoría de esos legisladores integran Argentina Federal, que responde a los gobernadores. El interbloque, que conduce el salteño Pablo Kosiner, garantiza en total la presencia de 25 diputados para dar quorum. Con ese apoyo, el Gobierno no tiene dudas de que sentará entre 135 o 137 integrantes de la Cámara baja en sus bancas para arrancar el debate en el recinto”<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Argento, Analia (13/12/2017). “El Ejecutivo advirtió que si no se aprueba la Reforma Previsional se caerá el pacto fiscal”. Infobae recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.infobae.com/politica/2017/12/13/el-ejecutivo-advirtio-que-si-no-se-aprueba-la-reforma-previsional-se-caera-el-pacto-fiscal/>

<sup>42</sup> La sesión del día 14 de diciembre estuvo precedida de un inusual operativo de seguridad llevado adelante por la ministra de seguridad con la Gendarmería Nacional, siendo los hechos ocurridos vergonzosos y darían por sí solos a un análisis particular en relación con el actuar de las fuerzas de seguridad en hechos de protesta social.

<sup>43</sup> La Nación (18/12/2017). “El quorum, la clave de la sesión por la reforma previsional: el cálculo oficial y la desconfianza del FPV” recuperado del 12 de enero de 2018 de <http://www.>

Para sumar al cumplimiento del compromiso en forma pre-  
via existió una foto importante que no pasó inadvertida:

“Fue un gesto contundente de apoyo a la reforma pre-  
visional pero un gesto que costó armar... no hubo sonrisas  
en la foto, excepto la del jefe Morales”<sup>44</sup>.

Los medios titulaban “El silencio de los gobernadores que  
dieron quórum y la foto que necesitaba el Gobierno”<sup>45</sup>, “Reforma  
previsional: 12 gobernadores se mostraron juntos para apoyar  
el proyecto”<sup>46</sup>, “Trece gobernadores manifestaron su apoyo a  
la reforma previsional”<sup>47</sup>, “Antes de la sesión, Frigerio y Peña  
armaron foto de apoyo de gobernadores a la reforma”<sup>48</sup>.

Luego de una maratónica sesión, con graves incidentes en  
las calles, se aprobó la reforma previsional, dando cumplimiento  
los gobernadores a una parte importante del acuerdo.

En la sesión del día 21 de diciembre de 2017 se trató en  
la Cámara de Diputados el “Consenso Fiscal”<sup>49</sup>, resultando el

---

lanacion.com.ar/2092463-la-batalla-por-el-quorum-la-clave-de-la-sesion-por-la-reforma-  
previsional-el-calculo-oficial-y-la-desconfianza-del-fpv.

<sup>44</sup> Argento, Analia (18/12/2017). “El silencio de los gobernadores que dieron quórum y la foto que necesitaba el Gobierno”. Infobae recuperado el 12 de enero de 2018 de <https://www.infobae.com/politica/2017/12/18/el-silencio-de-los-gobernadores-que-dieron-quorum-y-la-foto-que-necesitaba-el-gobierno/>.

<sup>45</sup> Argento, Analia. (18/12/2017). “El silencio...”, ob. cit.

<sup>46</sup> Clarin. (18/12/2017). “Reforma previsional: 12 gobernadores se mostraron juntos para apoyar el proyecto”, recuperado el 12 de enero de 2018 de [https://www.clarin.com/politica/reforma-previsional-12-gobernadores-mostraron-juntos-apoyar-proyecto\\_0\\_BkqaBOBGM.html](https://www.clarin.com/politica/reforma-previsional-12-gobernadores-mostraron-juntos-apoyar-proyecto_0_BkqaBOBGM.html).

<sup>47</sup> LMNeuquen.com. (18/12/2017). “Trece gobernadores manifestaron su apoyo a la reforma previsional” recuperado el 12 de enero de 2018 de <https://www.lmneuquen.com/trece-gobernadores-manifestaron-su-apoyo-la-reforma-previsional-n574850>.

<sup>48</sup> Diario Ámbito Financiero. (18/12/2017). “Antes de la sesión, Frigerio y Peña armaron foto de apoyo de gobernadores a la reforma”, recuperado el 12 de enero de 2018 de <http://www.ambito.com/906858-antes-de-la-sesion-frigerio-y-pena-armaron-foto-de-apoyo-de-gobernadores-a-la-reforma>.

<sup>49</sup> Honorable Cámara de Diputados de la Nación. (2017). “*SESIÓN COMPLETA 2da PARTE: H. Cámara de Diputados de la Nación - 21 de Diciembre de 2017*” [video]. Publicado el 26 diciembre de 2017, consultado el 22 de enero de 2017 de <https://youtu.be/IJRoSjQYppk?t=10366>

mismo aprobado por las mayorías necesarias junto a otras leyes tributarias vinculadas al citado consenso.

## ***IV.2. Elementos de presión y concesión***

Los actores no llegan desprovistos a una negociación, sino por el contrario cargan sus elementos de presión y de concesión. Podemos definir a los elementos de presión como aquellas cosas o circunstancias que son apreciadas por la contraparte como peligrosas y que normalmente en una toma de decisiones racional intentará no perderlas o que no ocurran. Podemos definir a los elementos de concesión como aquellas cosas o circunstancias que son apreciadas por la contraparte como una ventaja y que normalmente en una toma de decisiones racional intentará obtenerlas o que ocurran.

Es útil para el análisis repasar los elementos con que contaban la Nación y las provincias.

### *IV.2.1. Suspensión del Pacto Fiscal del año 1993 (Pacto Fiscal II)*

El Pacto Federal fiscal del año 1993<sup>50</sup>, tenía una serie de aspectos que las provincias y la Nación debían cumplir en materia tributaria. A pocos años de su firma el mismo se tornó en incumplible para las provincias y para la Nación, decidiendo ambas partes postergar su cumplimiento<sup>51</sup>, dicha prórroga vencía el 31 de diciembre de 2017<sup>52</sup>. La fijación de nuevos plazos de vencimiento habitualmente se realiza en las leyes que prorrogan impuestos, las que se envían en conjunto con el presupuesto. Este hecho no ocurrió en septiembre de 2017.

<sup>50</sup> Poder Ejecutivo Nacional. *Decreto 19/94 recuperado el 4 de enero de 2018 de* <http://www.cfi.gov.ar/docs/Pactoll.pdf>

<sup>51</sup> Comisión Federal de Impuestos. *Resolución General Interpretativa 35/2014*, recuperada el 4 de enero de 2018 de [http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/rgi/r\\_g\\_i\\_n\\_35\\_2014.pdf](http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/rgi/r_g_i_n_35_2014.pdf), y *Resolución General Interpretativa 36/2017* recuperada el 4 de enero de 2018 de [http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/reservadas/r\\_g\\_i\\_n\\_36\\_2017.pdf](http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/reservadas/r_g_i_n_36_2017.pdf).

<sup>52</sup> La Ley 27.199 prorrogó el cumplimiento del Pacto Fiscal II hasta el 31 de diciembre de 2017.

Así se vislumbraba ello en la prensa *“El Gobierno se queda con la carta del Pacto Fiscal para negociar en 2018 con provincias”*<sup>53</sup>, *“El pacto fiscal de 1993 acecha a los mandatarios”*<sup>54</sup>.

Esto era un elemento de presión para las provincias, pero sin embargo la aplicación irrestricta del pacto implicaba también un riesgo para la Nación la que debía bajar el Impuesto al Valor Agregado a una tasa efectiva del dieciocho por ciento. Ese hecho no fue valorado por los gobernadores en el proceso de negociación.

#### *IV.2.2. Fondo del Conurbano*

La provincia de Buenos Aires en el año 2016 inició un juicio contra la Nación por un ajuste de fondos coparticipable y en dicho proceso la Nación citó a las restantes veintidós provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los traslados de las demandas se terminaron de contestar por parte de las provincias en octubre<sup>55</sup> de 2017, quedando el expediente en estado para resolver la cautelar solicitada por la Provincia de Buenos Aires, lo cual implicaba una actualización del fondo del Conurbano Bonaerense.

El día 6 de noviembre de 2017 la Gobernadora de la provincia de Buenos Aires y el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvieron una reunión en la que abordaron temas vinculados a la lucha contra el narcotráfico y reformas en el sistema judicial que encararía la provincia de Buenos Aires. Sin que exista reconocimiento oficial, otros de los temas

<sup>53</sup> Dalto, Verónica. (02/10/2017). *“El Gobierno se queda con la carta del Pacto Fiscal para negociar en 2018 con provincias”*. El Cronista, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-se-queda-con-la-carta-del-Pacto-Fiscal-para-negociar-en-2018-con-provincias-20171002-0038.html>

<sup>54</sup> Bullrich, Lucrecia. (09/11/2017). *“El pacto fiscal de 1993 acecha a los mandatarios”*. La Nación, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2080597-el-pacto-fiscal-de-1993-acecha-a-los-mandatarios>

<sup>55</sup> La causa puede consultarse en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=2320919>

que se trató en dicha reunión -conforme lo expuso la prensa- habría sido el juicio que tenía la corte para resolver. Así se vio reflejado: “Vidal se reunió con Lorenzetti y dijo que el reclamo por el Fondo del Conurbano ‘es justo y legítimo’”<sup>56</sup>, “Lorenzetti recibió a Vidal, en medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano”<sup>57</sup>, “En medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano, Ricardo Lorenzetti recibió a María Eugenia Vidal”<sup>58</sup>, “Malestar en las provincias por la foto de Vidal con Lorenzetti”<sup>59</sup> y “Alerta entre los gobernadores por la foto María Eugenia Vidal-Ricardo Lorenzetti”<sup>60</sup>.

Esta reunión y su foto fue interpretada por los gobernadores como un guiño favorable de la CSJN, entendiendo que era altamente probable –o seguro- que la medida cautelar sería resuelta a favor de la provincia de Buenos Aires, aun cuando no fuera así, lo importante para el análisis que estamos realizando es la percepción de los actores. Ello fue puesto de manifiesto en

---

<sup>56</sup> IProfesional. (06/11/2017). “Vidal se reunió con Lorenzetti y dijo que el reclamo por el Fondo del Conurbano ‘es justo y legítimo’.”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [http://www.iprofesional.com/notas/258400-lorenzetti-corte-suprema-tipo-de-cambio-vidal-tarifa-tribunal-fiscal-de-la-nacion-tribunales-Vidal-se-reunio-con-Lorenzetti-y-dijo-que-el-reclamo-por-el-Fondo-del-Conurbano-es-justo-y-legitimo?page\\_y=0](http://www.iprofesional.com/notas/258400-lorenzetti-corte-suprema-tipo-de-cambio-vidal-tarifa-tribunal-fiscal-de-la-nacion-tribunales-Vidal-se-reunio-con-Lorenzetti-y-dijo-que-el-reclamo-por-el-Fondo-del-Conurbano-es-justo-y-legitimo?page_y=0)

<sup>57</sup> La Gaceta de Salta. (07/11/2017). “Lorenzetti recibió a Vidal, en medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.lagacetasalta.com.ar/nota/93040/actualidad/lorenzetti-recibio-vidal-medio-tension-reclamo-fondo-conurbano.html>

<sup>58</sup> Bravo, Martín. (06/11/2017). “En medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano, Ricardo Lorenzetti recibió a María Eugenia Vidal”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/medio-tension-reclamo-fondo-conurbano-ricardo-lorenzetti-recibio-maria-eugenia-vidal\\_0\\_S1GwllARZ.html](https://www.clarin.com/politica/medio-tension-reclamo-fondo-conurbano-ricardo-lorenzetti-recibio-maria-eugenia-vidal_0_S1GwllARZ.html)

<sup>59</sup> Bullrich, Lucrecia. (08/11/2017). “Malestar en las provincias por la foto de Vidal con Lorenzetti”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2080265-malestar-en-las-provincias-por-la-foto-de-vidal-con-lorenzetti>.

<sup>60</sup> Ibañez, Pablo. (07/11/2017). “Alerta entre los gobernadores por la foto María Eugenia Vidal-Ricardo Lorenzetti”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017. [https://www.clarin.com/politica/alerta-gobernadores-foto-maria-eugenia-vidal-ricardo-lorenzetti\\_0\\_S15ss5JkM.html](https://www.clarin.com/politica/alerta-gobernadores-foto-maria-eugenia-vidal-ricardo-lorenzetti_0_S15ss5JkM.html).

varias alocuciones en la Cámara de Diputados<sup>61</sup> cuando se trató el “Consenso Fiscal” y la sanción del presupuesto 2018.

Esta demanda, aun cuando era de la provincia de Buenos Aires, fue un elemento de presión que utilizó la Nación. La prensa lo reflejaba de esta forma “La cuestión bonaerense, eco de unitarios y federales, estuvo siempre presente porque se discutían sobre fondos para Buenos Aires pero el gobierno de Vidal no estaba sentado en la mesa. Frigerio-De Luca oficiaron de patrocinantes de la causa bonaerense”<sup>62</sup>.

Por otra parte, y como contracara de dicho elemento de presión, la Nación ofrecía hacerse cargo del costo económico que implicaba otorgarle sesenta y cinco mil millones en la medida en que se firmará el pacto bajo las condiciones propuestas.

#### *IV.2.3. Fondo Federal Solidario (Fondo de la soja)*

En el año 2009, luego de perder el gobierno de la Presidenta Fernandez de Kirchner una dura batalla en el Congreso por las retenciones móviles y frente a la puja de diversas asociaciones rurales por la derogación de las retenciones, se dicta un decreto de necesidad y urgencia por el cual se crea el Fondo Federal Solidario y se comienza a coparticipar lo recaudado por retenciones a las exportaciones de soja neutralizando, el entonces gobierno nacional, cualquier apoyo político a la eliminación del sistema. Las retenciones a las exportaciones son recursos que por disposiciones constitucionales pertenecen en forma exclusiva a la Nación y no son coparticipables, por lo tanto su distribución es una gracia que se concede a las provincias.

Otro de los elementos que tenía el gobierno nacional como elemento de presión era no dar participación en la distribución del Fondo Federal Solidario a los que no firmaran el acuerdo.

<sup>61</sup> Véase versión taquigráfica de la sesión correspondiente al Período 135° - 26° Reunión - 3° Sesión Extraordinaria - 21 de diciembre de 2017 consultada en <http://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/135-26.htm>

<sup>62</sup> Ibáñez, Pablo. (16/11/2017). “Pacto...”, *ob. cit.*

Más aún este fondo quedó como un elemento de presión para los que habiendo firmado el pacto no lo cumplan<sup>63</sup>.

#### *IV.2.4. Juicios de las provincias*

Las provincias tenían iniciados varios reclamos contra la Nación por incumplimiento de acuerdo o violaciones constitucionales en cuanto a los fondos coparticipados. Algunos de estos reclamos ya tenían sentencia firme, tal como es el caso de las provincias de Santa Fe y San Luís.

La pretensión del gobierno nacional era cerrar esos reclamos sólo a cambio de que Buenos Aires retire su reclamo, y la Nación compense a Buenos Aires.

Esto sin lugar a duda era un elemento de presión que tenían algunas provincias y de concesión para otras cuyos juicios estaban lejos aún de ser resueltos.

#### *IV.2.5. Baja de los tributos*

En cuanto a la baja de los tributos, esto era un elemento de alto valor para las provincias que estaban en mejores condiciones fiscales. El valor estaba dado por la suma que implicaba resignar y dejar de recaudar.

Los recursos provinciales resultan escasos. Cuesta mucho esfuerzo y tiene un alto costo político tener una buena recaudación local, es por ello que muchas provincias por desidia o por no pagar el costo político tienen una recaudación muy baja.

---

<sup>63</sup> Sobre fines de enero de 2018 la Nación empezó a retener fondos de aquellas provincias que no habían ratificado legislativamente el “Consenso Fiscal”. véase: 1) Telam. (25/01/2018) “Dura advertencia de Dujovne a los gobernadores que no cumplan el pacto fiscal”. La Voz, recuperado el 5 de febrero de 2018 de <http://www.lavoz.com.ar/politica/dura-advertencia-de-dujovne-los-gobernadores-que-no-cumplan-el-pacto-fiscal>; y 2) El Litoral. (27/01/2018). “Nación retiene fondos a provincias que aún no avalaron el Pacto Fiscal, entre ellas Corrientes”, recuperado el 5 de febrero de 2018 de <http://www.ellitoral.com.ar/nota/2018-1-27-4-0-0-nacion-retiene-fondos-a-provincias-que-aun-no-avalaron-el-pacto-fiscal-entre-ellas-corrientes>.



Por ello encontramos un grupo de provincias entre las cuales lo requerido implicaba un alto costo de concesión y para otras era un elemento de bajo costo de concesión.

Para la provincia que más recauda -provincia de Buenos Aires- el costo se veía neutralizado por la enorme transferencia de recursos que implicaba el acuerdo vinculado al Fondo del Conurbano Bonaerense.

Como herramienta de presión para que las provincias firmen la baja solicitada el gobierno nacional tenía la entrada en vigor del Pacto Federal Fiscal de 1993.

#### *IV.2.6. Votos en el congreso*

Uno de los mayores elementos con los que contaban algunos gobernadores, eran diputados y senadores que en forma más o menos disciplinada votaran de acuerdo con lo que hubiera negociado el Gobernador de cada provincia. Aun cuando esta situación no es lineal, en el sentido que el mero acuerdo del Gobernador implicara obtener los votos, en muchos casos los gobernadores tienen fuerte ascendencia sobre los diputados y senadores nacionales.

### ***IV.3. Actores***

Los actores del proceso son de un lado el gobierno Nacional y del otro los gobernadores y el jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resulta adecuado recordar que la elección de los gobernadores esta -en la mayoría de los casos- alineada con la elección presidencial, por tanto, la pertenencia político partidaria está vinculada a la elección del año 2015.

<b>Provincia</b>	<b>Nombre</b>	<b>Partido</b>	
Buenos Aires	María Eugenia Vidal	Cambiamos	PRO - Cambiamos
Catamarca	Lucía Corpacci	PJ	PJ - FPV

Chaco	Domingo Peppo	PJ	PJ - Frente Chaco Merece Más
Chubut	Mariano Arcioni	PJ	Chubut Somos Todos
Córdoba	Juan Schiaretti	PJ	PJ - Union por Córdoba
Corrientes	Gustavo Valdés	Cambiamos	UCR - Encuentro por Corrientes
Entre Ríos	Gustavo Bordet	PJ	PJ - Frente Somos Entre Ríos
Formosa	Gildo Insfrán	PJ	PJ - FPV
Jujuy	Gerardo Morales	Cambiamos	UCR - Cambia Jujuy
La Pampa	Carlos Verna	PJ	PJ - Peronismo Pampeano
La Rioja	Sergio Casas	PJ	PJ - FPV
Mendoza	Alfredo Cornejo	Cambiamos	UCR - Cambia Mendoza
Misiones	Hugo Passalacqua	P. Provincial	Partido de la Concordia Social - Frente Renovador de la Concordia
Neuquén	Omar Gutiérrez	P. Provincial	MPN
Río Negro	Alberto Weretilneck	P. Provincial	Frente Grande - Juntos Somos Río Negro
Salta	Juan Manuel Urtubey	PJ	PJ - Frente Justicialista Renovador para la Victoria
San Juan	Sergio Uñac	PJ	PJ - FPV
San Luis	Alberto Rodríguez Saá	PJ	PJ - Compromiso Federal
Santa Cruz	Alicia Kirchner	PJ	PJ - FPV
Santa Fe	Miguel Lifschitz	P. Provincial	Socialista - FPCyS
Santiago del Estero	Gerardo Zamora	P. Provincial	FCpS
Tierra del Fuego	Rosana Bertone	PJ	PJ - FPV
Tucumán	Juan Luis Manzur	PJ	PJ - FPV
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Horacio Rodríguez Larreta	Cambiamos	PRO - Unión Pro

Elaboración propia. Se utiliza rojo para los integrantes de la alianza “Cambiamos” con origen en la Unión Cívica Radical y amarillo para gobernadores con origen en el PRO.

A los fines del análisis podemos agruparlos bajo tres grupos de actores, según esta clasificación: a) Cambiemos: gobernadores que cuyo triunfo estuvo vinculado al triunfo del ex presidente Marcri; b) PJ: gobernadores afines al Partido Justicialista que incluye en este caso a los que llegaron de la mano del Frente Para la Victoria, y; c) Partido Provincial: gobernadores que tienen partidos provinciales con peso propio independientemente de las alianzas que hayan realizado para las elecciones presidenciales.

De esta clasificación tenemos entonces: cinco (5) gobernadores de Cambiemos, catorce (14) gobernadores del PJ, y cinco (5) gobernadores de Partidos Provinciales.

Si estos grupos además del origen partidario lo categorizamos como amigos y no amigos, en cuanto al comportamiento colaborativo en la negociación así quedaría la clasificación:

<b>Provincia</b>	<b>Amigos y No amigos</b>
Buenos Aires	Cambiemos Amigo
Catamarca	PJ Amigo
Chaco	PJ Amigo
Chubut	PJ
Córdoba	PJ Amigo
Corrientes	Cambiemos Amigo
Entre Ríos	PJ Amigo
Formosa	PJ
Jujuy	Cambiemos Amigo
La Pampa	PJ
La Rioja	PJ
Mendoza	Cambiemos Amigo
Misiones	P. Provincial Amigo
Neuquén	P. Provincial Amigo
Río Negro	P. Provincial Amigo
Salta	PJ Amigo
San Juan	PJ
San Luis	PJ

Santa Cruz	PJ
Santa Fe	P. Provincial
Santiago del Estero	P. Provincial
Tierra del Fuego	PJ Amigo
Tucumán	PJ Amigo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Cambiamos Amigo

De esta forma entre *Cambiamos Amigo*, *Partido Justicialista Amigo* y *Partido Provincial Amigo* sumamos a quince (15) gobernadores, y el resto *no amigo* alcanzaría a nueve (9) gobernadores.

En su análisis de las coaliciones Altavilla agrupa a los gobernadores por su pertenencia a provincias chicas y grandes, integrando el lote de provincias grandes Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Mendoza a lo que agrega además a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estas cinco jurisdicciones concentran el 66,70 % de la población total del país<sup>64</sup>, y cuentan con el 55,25 % del total de bancas en el congreso lo cual muestra una subrepresentación en relación con la población. En el senado estas cinco jurisdicciones alcanzan al 20,83 % del total de bancas. Si bien las conclusiones de Altavilla en cuanto a la sobre representación de las provincias chicas hoy se mantiene invariable, las coaliciones no se conformaron por el tamaño de las provincias sino estuvieron determinada por un grado de acercamiento o no hostilidad de un grupo de provincias dirigidas por gobernadores con distinta pertenencia partidaria al ex presidente Macri.

En este caso, aun cuando el análisis es similar las constelaciones que se conformaron fueron distintas. No constituye un dato menor que cinco de las tres provincias grandes<sup>65</sup> son gober-

<sup>64</sup> INDEC. "Censo del año 2010", información consultada en [https://www.indec.gov.ar/censos\\_total\\_pais.asp?id\\_tema\\_1=2&id\\_tema\\_2=41&id\\_tema\\_3=135&t=3&s=0&c=2010](https://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=3&s=0&c=2010)

<sup>65</sup> Buenos Aires, Mendoza y Ciudad de Buenos Aires.

nadas por partidos que forman parte de la alianza “Cambiamos” del ex presidente Macri, y no ha sido un dato menor que en las legislativas de 2017 la alianza “Cambiamos” se impuso en esas cinco provincias grandes.

De los diez (10) gobernadores que han tenido un grado de acercamiento o no hostilidad sólo cuatro de ellos obtuvieron triunfos en las legislativas de medio término (Misiones, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán) en las otras seis (6) provincias ganó “Cambiamos” (Catamarca, Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Neuquén y Salta).

### **IV.3.1. Fortalezas y debilidades. Mejor alternativa a un acuerdo negociado**

Leiras afirma: “... los gobiernos provinciales son económicamente dependientes y débiles, pero políticamente autónomos y fuertes”<sup>66</sup>, describiendo autonomía y fortaleza como:

“la capacidad de los gobiernos provinciales para orientar en su favor los resultados de las negociaciones con el gobierno central. Recurriendo al lenguaje de las teorías racionalistas de la negociación, decir que los gobiernos provinciales son fuertes vis-a-vis con el gobierno nacional equivale a afirmar que el valor de sus opciones de salida, o ‘exteriores’ es alto; esto es que, si una negociación fracasa, no quedan en una posición vulnerable ni se compromete su supervivencia”<sup>67</sup>.

Pero por otra parte tal como señala Leiras:

“...la dependencia de los gobiernos provinciales respecto de las transferencias del gobierno nacional es, para la mayoría de las provincias, muy alta y tiende a crecer... Recurriendo nuevamente a la analogía con la

<sup>66</sup> Leiras, Marcelo (2013). “Las contradicciones aparentes del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales”. En Acuña, Carlos H. (compilador). ¿Cuánto importan las Instituciones?. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI Editores, pp. 209-245. La cita es de p. 229.

<sup>67</sup> Leiras, Marcelo (2013). “Las contradicciones ...”, pp. 229-230.

teoría de la negociación, propongo que, en el caso de las negociaciones fiscales, para la mayoría de los gobiernos provinciales el valor de opción exterior es bajo. Todos los gobiernos provinciales son, como hemos visto, política y electoralmente autosuficientes, lo que implica que pueden sobrevivir a la ruptura de una negociación electoral. En el plano fiscal no ocurre lo mismo<sup>68</sup>... si una negociación fiscal con el gobierno nacional fracasa, los gobiernos provinciales quedan expuesto a desequilibrios financieros, son vulnerables a conflictos laborales con el sector público, y quedan librados a sus capacidades de recaudación, en general limitada, para realizar inversiones electoralmente rentables. En esto consiste su vulnerabilidad financiera, y estos son los motivos que pueden llevarlos a intercambiar sus capacidades de movilización electoral y su influencia sobre los legisladores elegidos en las provincias a cambio de la asistencia financiera del gobierno central<sup>69</sup>.

En lo político, el gobierno nacional contaba con ciento ocho (108) diputados correspondientes a distintas provincias, necesitando ciento veintinueve (129) diputados para obtener el quorum.

La necesidad del gobierno nacional para lograr la aprobación del paquete de leyes que pretendía asegurar con el “Consenso Fiscal” era el mejor recurso que tenían las provincias en su negociación. Por su parte, el gobierno nacional a cambio tenía el dinero del fondo de la soja para quienes cooperen.

Tal como explica Leiras la opción de una salida no negociada para la mayoría de las provincias no era una opción viable, sólo San Luís que cuenta con una provincia sin deudas, ordenada<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Leiras, Marcelo (2013). “*Las contradicciones ...*”, p. 233.

<sup>69</sup> Leiras, Marcelo (2013). “*Las contradicciones ...*”, p. 238.

<sup>70</sup> El Diario de la República (30/11/2017). “Alberto: “No pasará nada por no firmar, las obras continuarán”, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.eldiariodelarepublica.com/nota/2017-11-30-20-56-26-alberto-rodriguez-saa-el-consenso-fiscal-solo-beneficia-a-la-nacion-y-a-buenos-aires>.

y había obtenido una sentencia favorable en la Cortes Suprema de Justicia de la Nación, se encontraba en una posición que permitía tener una mejor alternativa al acuerdo que se negociaba, en otros términos, retirarse de la negociación sin firmar. En una situación parecida se encontraba la provincia de La Pampa que firmó el acuerdo, pero no lo ratificó legislativamente.

Del otro lado de la mesa el gobierno nacional, victorioso en las elecciones, no tenía la posibilidad de imponer en el congreso una mayoría que permitiera aprobar los proyectos esenciales -entre ellos la reforma previsional- por lo cual necesitaba del apoyo de legisladores provinciales pertenecientes a otros espacios políticos, teniendo también un alto costo una salida que implicará no alcanzar un acuerdo negociado.

El alto costo de esta salida pudo apreciarse cuando ante el fracaso de la sesión del día 14 de diciembre se especuló en sacar la reforma previsional utilizando el mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia, lo cual tuvo un claro rechazo aún en el propio partido de gobierno.<sup>71</sup>

Ni las provincias ni el gobierno nacional podían asignar un alto valor a una salida no negociada, la cual para ambos se percibía como una resolución que acarrearía un gran costo.

### **IV.3.2. Constelación de actores colaborativos**

Dentro de la constelación de provincias que adoptaron una actitud colaborativa en el proceso de negociación observamos que dicha actitud tuvo distintas fuentes. En las provincias de Catamarca, Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Neuquén y Salta la

---

<sup>71</sup> Expresaba la prensa “La diputada de la Coalición Cívica y socia de Cambiemos Elisa Carrió advirtió que realizar la reforma previsional por DNU ‘violaría gravemente la Constitución Nacional’. Es ante los rumores que mencionan la posibilidad de que el presidente Mauricio Macri disponga de la iniciativa por decreto ante la caída de la sesión para tratar el proyecto en Diputados”. Diario *Ámbito Financiero*. (14/12/2017). “Carrió advierte que una reforma previsional por DNU ‘violaría gravemente la Constitución’”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/906628-carrio-advierte-que-una-reforma-previsional-por-dnu-violaria-gravemente-la-constitucion>.

actitud de colaboración parecería que no sólo estuvo influida por la necesidad de recursos sino también por la reciente derrota electoral sufrida en las elecciones de medio término. En el caso de Misiones, Río Negro, Tierra del Fuego y Tucumán las necesidades económicas y las graves consecuencias de un no acuerdo han llevado a adoptar una actitud cooperativa en pos de obtener algún beneficio en la negociación o bien evitar mayores pérdidas.

Logrado un acuerdo con 15 gobernadores al resto -excepto lo que se explicó de San Luis- no le quedaban mayores alternativas que sumarse dado que no poseían una alternativa no negociada.

El apoyo se concretó al tiempo de tratarse la reforma previsional, con lo siguientes votos de diputados que no pertenecían a la coalición de gobierno:

Provincia	Votos
Catamarca	2
Chaco	1
Córdoba	4
Entre Ríos	2
Misiones	5
Neuquén	1
Salta	2
Santiago del Estero <sup>72</sup>	1
Tucumán	2
	20

Estos veinte diputados nacionales junto a los ciento siete diputados de cambiamos lograron la mayoría de ciento veintisiete (127) diputados que aprobaron la reforma previsional.

De esta forma el acuerdo firmado fue cumplido, logrando el gobierno nacional obtener los votos necesarios para la ansiada reforma previsional.

<sup>72</sup> Sobre el último momento la gobernadora Ledesma retiró los votos de apoyo comprometido, pero curiosamente la diputada Navarro dio su voto afirmativo para la aprobación del proyecto.



### *IV.3.3. Percepciones y preferencias*

Las percepciones y preferencias de los actores involucrados son distintas y diversas. El Presidente tiene a su cargo la administración del país prefiriendo llevar adelante su plan de gobierno en la forma que el partido gobernante ha planificado. En el caso el plan de gobierno del ex presidente estaba cimentado sobre principios neoliberales lo que implica, la reducción del gasto social (jubilaciones, subsidios, etc.), reducción del Estado, y la reducción de impuestos. Sobre estos ejes giró el acuerdo a discutir. La victoria electoral, en especial en las cinco provincias más grandes, permitió al entonces gobierno nacional percibir un poder de negociación superior al que tenía y se percibían como políticamente débiles la mayoría de los gobiernos provinciales.

Por su parte los gobernadores no oficialistas se vieron impactados por el amplio triunfo electoral de “Cambiamos”, lo cual llevó a que un importante grupo de gobernadores adoptara una actitud colaborativa aun cuando hubieran resultado victoriosos en sus provincias. En cuanto a las preferencias, la capacidad económica con que cuentan las provincias es limitada, y en un esquema de reducción de impuestos las preferencias se volcaban a perder lo menos posible y que dicha perdida sea lo más gradual posible.

Corresponde observar que los gobernadores asumieron compromisos hasta el año 2022 cuando sus gestiones culminan en el año 2019, tratando que los efectos más importantes del pacto -en cuanto a la perdida de recursos- se produzcan luego de la culminación de sus mandatos. Esto puede apreciarse como una actitud oportunista que buscó diferir los efectos del “Consenso Fiscal” a los futuros gobernadores. Las instituciones federales y las instituciones provinciales no limitan a que los gobernadores asuman compromisos más allá del tiempo de su mandato.

#### ***IV.4. Modos de interacción. Aplicación de la teoría de los juegos***

Continuando con la hipótesis de Altavilla este explica “... intentaremos aplicar... la “Batalla de los Sexos” ... para explicar el fenómeno político bajo análisis. Por cuestiones de espacio, sólo explicaremos este juego luego de considerar los modos de interacción.”<sup>73</sup>

Los modos de interacción son la forma en que esos actores se relacionan. Las interacciones se desarrollan de acuerdo con las reglas institucionales, que determinan los modos y formas de proceder y cómo han de tomar la decisión que resuelva el caso.

El modo de interacción utilizado por Altavilla se trata de un *acuerdo negociado*. Ello parece adecuado toda vez que los pactos fiscales implican en todos los casos reformas tributarias que no pueden ser impuestas en forma unilateral por el diseño de estado federal en el cual se desenvuelven los actores. Así se aprecia que el diseño institucional estipula que la negociación se debe llevar adelante con los gobernadores<sup>74</sup> y que cualquier acuerdo en relación con afectaciones específicas de fondos coparticipables requerirá de mayorías especiales<sup>75</sup>, y que todos los acuerdos con relación a tributos provinciales requerirán el acuerdo de cada provincia dado que ellas tienen autonomía para darse sus propias instituciones.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 178.

<sup>74</sup> La Constitución Nacional establece “Artículo 128.- Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.”

<sup>75</sup> El art. 75 inc. 3 de la Constitución Nacional establece entre las facultades del Congreso “3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

<sup>76</sup> Constitución Nacional, artículos 5, 121 y 122.

Los pactos fiscales han sido caracterizados jurídicamente como tratados celebrados entre la nación y las provincias, denominados comúnmente como federalismo de concertación.<sup>77</sup>

#### *IV.4.1 La batalla de los sexos*

El juego que explica el modo en que se llegan a estos acuerdos, según la hipótesis en análisis, es el conocido como la batalla de los sexos.

Antes de avanzar con la aplicación del juego corresponde realizar una breve introducción. La Teoría de los Juegos es un novedoso diseño, proveniente de las matemáticas y extendido luego a la economía y el Derecho, que pretende analizar y explicar el comportamiento de los individuos y sus interrelaciones. De esta manera, la Teoría de los Juegos sirve como un sistema de pruebas para explicar y entender un determinado modelo en

---

<sup>77</sup> La CSJN en autos “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa” en sentencia de fecha 19 de agosto de 1999, dijo “4º) *Que el Pacto comporta por sus alcances y contenido la manifestación positiva del llamado federalismo de concertación tendiente a -según se expresa- establecer mediante la participación concurrente del Estado Nacional y las provincias un programa, destinado como en el caso, a adoptar una política uniforme que armonice y posibilite “la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales”. Tal aspiración recogería la vocación de la Constitución Nacional creadora -según lo expresó esta Corte en Fallos: 178:9 de “una unidad no por supresión de las provincias...sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”. Se trataba, recordaba la sentencia, de consagrar el principio de “hacer un solo país para un solo pueblo”. Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho infrafederado (Fallos: 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Horacio Zorraquín Becú: El Federalismo Argentino, Edit. Perrot, 1958, p. 194).”*

el cual interactúan personas frente a una determinada situación ante la cual se agrupan y establecen relaciones de poder.<sup>78</sup>

En todo juego existen individuos o personas que actúan como “jugadores”, quienes a su vez realizan “acciones” sobre la base de la “información” que tienen de los otros “jugadores” o personas, desarrollando al efecto un conjunto de “estrategias” y “tácticas” que buscan un “beneficio” (algunos autores lo llaman “pago”) que terminará como toda acción en un “resultado”.

Explica Altavilla que

“...La teoría de [los] juegos parte de nociones básicas para describir las interacciones que se desenvuelven en el mundo real. Los dos conceptos primarios son los que denomina “juegos de puro conflicto”, donde lo que una de las partes gana, la otra lo pierde y “juegos de pura coordinación”, donde los jugadores pueden maximizar sus ganancias a través de estrategias concertadas. Sin embargo, resulta difícil encontrar en las interacciones del mundo real estas dos constelaciones en forma pura. Desde un punto de vista empírico y metodológico, resultan más útiles los denominados juegos de motivación mixta [mixed-motive games] (o juegos de suma variable [variable-sum games]) en los que las preferencias de los jugadores están en parte en armonía y en parte en conflicto...”<sup>79</sup>

El juego que se aplica en este análisis es “*La batalla de los sexos*”. En su versión tradicional el juego consiste en una pareja que deciden pasar un momento juntos, y uno de los integrantes (jugador 1) prefiere ir a ver un espectáculo (por ej. futbol) y el otro integrante de la pareja (jugador 2) prefiere ir a ver otro espectáculo (por ej. teatro), pero ambos prefieren compartir el

<sup>78</sup> Sierralta Ríos, Anibal. (1998). “Breve introducción a la teoría de los juegos y su aplicación en el derecho”. THEMIS: Revista de Derecho, N° . 38, 1998 (Ejemplar dedicado a: Derecho Civil), pp. 277-288.

<sup>79</sup> Altavilla, Cristian (2012). “Procesos ...”, ob . cit., p. 178.

espectáculo del otro antes que quedarse sólo. El esquema de estrategias y pagos (beneficios) sería el siguiente<sup>80</sup>:

		Jugador 1	
		Teatro	Fútbol *
Jugador 2	Fútbol	1 1	4 3
	Teatro *	3 4	2 2

El \* indica la opción preferida por cada jugador. En la parte superior derecha están los pagos (beneficios) del jugador 1 y en la parte inferior izquierda los correspondientes al jugador 2.

Explica Scharpf<sup>81</sup> al discutir las implicaciones de estas constelaciones de motivaciones mixtas, las estrategias disponibles para ambos jugadores son etiquetadas convencionalmente como ‘cooperar’ (C) y ‘desertar’ (D), dependiendo si la estrategia está destinada a alcanzar el interés común de las partes (cooperar) o a maximizar las ventajas de una parte a expensas de la otra (desertar). En otras palabras, la clasificación desertar es de tipo individualista.

<sup>80</sup> El este caso el mejor equilibrio de Nash se encontraría en la opción J1 Fútbol, J2 Teatro, pero dicho resultado es subóptimo frente a la opción J1 Fútbol, J2 Fútbol mejor resultado para el Jugador 1 y, la opción J1 Teatro, J2 Teatro mejor resultado para el jugador 2.

<sup>81</sup> Scharpf, Fritz W. (1997). “Games real actors play: actor-centered institutionalism in policy research”. Oxford. Editorial WestviewPress, p. 73.

		Jugador 1	
		C	D
Jugador 2	C	1 3	4 3
	D	3 4	2 2

Si nos encontráramos frente a un juego no cooperativo<sup>82</sup> en el que los jugadores deban realizar su movida (elegir la estrategia) en forma simultánea y sin comunicación previa, si ambos eligen “cooperar” se encontrarían en el peor resultado. Scharpf explica que las dificultades no desaparecerían si la comunicación e incluso los acuerdos vinculantes fueran posibles, porque ahora las partes estarían en desacuerdo sobre la elección entre los dos resultados coordinados que difieren en sus características distributivas. Por lo tanto, las negociaciones se asociarían con altos costos de transacción<sup>83</sup>.

Los costos de transacción se reducirían si se juega en forma secuencial, de esta forma el jugador que tiene el primer movimiento podría seleccionar su resultado preferido, y teniendo en cuenta ello, la mejor opción racional del otro sería coordinar el mismo resultado.

En el ejemplo si el jugador 1 elige la opción D que otorga pagos de 4 y 2 la mejor elección para el jugador 2 sería la C ya que esta otorga un pago de 3 frente a la opción D que otorga un pago de 2.

<sup>82</sup> Los juegos no cooperativos tratan de situaciones donde las partes no pueden suscribir acuerdos obligatorios para todos.

<sup>83</sup> Scharpf, Fritz W. (1997). “Games...” ob. cit, p. 74.

Como explica Altavilla siguiendo a Sharph<sup>84</sup> los pagos se modifican, transformando las matrices, de acuerdo con las orientaciones que en la interacción adopten los actores. Existen cinco reglas de transformación el individualismo<sup>85</sup>, solidaridad<sup>86</sup>, competición<sup>87</sup>, altruismo<sup>88</sup> y hostilidad<sup>89</sup>.

	C	D
C	1	4
D	3	2

Individualista

	C	D
C	0	1
D	-	0

Competitivo

	C	D
C	2	7
D	7	4

Solidario

Cada jugador puede adoptar orientaciones distintas. Altavilla en su análisis entiende que la Nación en el “Pacto Federal Fiscal I” adoptó una posición individualista y las provincias adoptaron una posición solidaria o cooperativa.

En este punto no se coincide con el análisis, ni para el caso de 1992 ni para el caso actual. Entiendo que las orientaciones

<sup>84</sup> Si bien Altavilla transpone en su trabajo las matrices modificadas en la misma forma en que lo expone Scharpf en “Games...” Ob. cit, p. 88, dicha matriz debe ser reacomodada si en la misma se agrega de una posición de “cooperar” o “desertar”. Partiendo que la matriz de pago individualista es igual a la matriz original en la que los jugadores sólo tienen en cuentas sus ganancias y pérdidas.

<sup>85</sup> Sólo se consideran las ganancias/perdidas propias.

<sup>86</sup> Cooperación si restricción. Las ganancias/perdidas propias y ajenas son igualmente evaluadas.

<sup>87</sup> Las ganancias/perdidas propias y ajenas son evaluadas considerándose una pérdida cuando la ganancia de la contraparte es mayor a la propia, y considerándose una ganancia cuando la pérdida de la contraparte es mayor que la pérdida propia.

<sup>88</sup> Sólo se consideran las ganancias del otro. La ganancia de la contraparte se aprecia como propia.

<sup>89</sup> Sólo se consideran las pérdidas del otro. La pérdida de la contraparte se aprecia como ganancia propia.

en la interacción tanto de las provincias como de la Nación es individualista, la Nación y las provincias buscan maximizar su resultado o en el peor de los casos minimizar las pérdidas. Las motivaciones de uno y otro son distintas en tanto para las provincias prima el tema de recursos económicos y para la Nación prima la obtención de recursos políticos (votos en el congreso) por tanto resultan de interés los esquemas de pagos secundarios que se puedan acordar en uno u otro sentido para lograr un acuerdo.

La tensión institucional que provoca el federalismo en la distribución de recursos, y las reglas institucionales que regulan la coparticipación federal y las asignaciones específicas, tienden a orientar la actuación de las partes al aseguramiento de recursos para el cumplimiento de sus funciones. Por ello primará una visión individualista desde lo económico.

Por otra parte, cualquier modificación o afectaciones para fines determinados tal como lo pretende habitualmente la Nación, requiere de mayorías especiales no resultando suficiente para la Nación la firma del acuerdo por los gobernadores. En otras palabras, la Nación no puede imponer por si sola los términos, sino que requerirá del apoyo político de las provincias para alcanzar las mayorías especiales en el Congreso. Las provincias necesitan fondos para afrontar los costos de los servicios que brindan, los mismo se obtienen habitualmente por sistemas de pagos secundarios (obras en las provincias, fondo de soja, etc.) que dependen exclusivamente de la voluntad de la Nación. Así en caso de no lograr el acuerdo no obtendrían dichos pagos secundarios.

La necesidad de votos y de pagos secundarios, hace que una salida no negociada tenga un alto costo para ambas partes.

Por ello resulta adecuado la utilización de “La batalla de los sexos” para entender el proceso de negociación, puesto que para ambas partes siempre es mejor un mal acuerdo que la ausencia de acuerdo.



#### IV.4.2. *¿Quién gana y por qué?*

Estas negociaciones a primera vista parecen juegos de suma cero, en los cuales lo que una parte gana es igual a lo que la otra parte pierde, pero un análisis más profundo lleva a concluir que no se tratan de juegos de suma cero.

Para ejemplificarlo, en principio cuando una parte de un tributo va a la Nación es cierto que esa misma proporción no la obtienen las provincias, hasta ahí tenemos un juego no cooperativo de suma cero. Pero los acuerdos fiscales no incluyen sólo distribución de recursos sino también otros aspectos de tipo económico en el que el sacrificio de una parte no implica necesariamente una ganancia para la contraparte, o a la inversa en la que la ganancia de una parte no implicaría un perjuicio para la contraparte.

Esto se ve claro en el “Consenso Fiscal”, las provincias acordaron una disminución de sus propios tributos, ello en modo alguno implica que esa pérdida de ingresos se convierta en ingresos de la Nación. El pago para la Nación está dado por intentar cumplir la promesa electoral de “mejorar la competitividad”<sup>90</sup> de los productos argentinos. También se aprecia que no se trata de un juego de suma cero cuando la compensación que recibe la Provincia de Buenos Aires no termina perjudicando en un primer momento a las provincias, sino que se financia con la eliminación de parte de las asignaciones específicas que tenía el sistema previsional.

Entonces en vez de establecer quién gana, la pregunta a hacerse es cuánto gana o pierde cada actor. Así en el “Consenso Fiscal” no sólo ganó la Nación al lograr la mayoría de los objetivos, sino que quién más ganó fue la Provincia de Buenos Aires, que en este caso tuvo una clara actuación de “free rider”.

Al hablar de los hechos señalábamos que la prensa decía “La cuestión bonaerense, eco de unitarios y federales, estuvo

---

<sup>90</sup> Los problemas de competitividad de Argentina no están directamente vinculados a los tributos provinciales, sino a otras estructuras de costos.

siempre presente porque se discutían sobre fondos para Buenos Aires pero el gobierno de Vidal no estaba sentado en la mesa. Frigerio-De Luca oficiaron de patrocinantes de la causa bonaerense”<sup>91</sup>.

El comportamiento oportunista que describe Altavilla en su hipótesis de trabajo está presente en el “Consenso Fiscal”.

Por otra parte, se coincide con Altavilla en que el diseño institucional federal permite que los actores puedan adoptar comportamientos oportunistas y sacar ventajas en orden a los propios intereses que representan. Esto es un factor común en este tipo de negociaciones en las que hay, no sólo negociaciones entre las constelaciones de actores, sino que también hay negociaciones bilaterales o multilaterales. Ello puede verse plasmado en el texto del “Consenso Fiscal” cuando las actividades hidrocarburíferas quedan exceptuadas del esquema de alícuotas máximas (beneficiando ello exclusivamente a las provincias petroleras).

Los comportamientos oportunistas y de corto plazo, no limitados por el federalismo, hacen que al finalizar la negociación la situación de cada actor sea diferente.

Establecido que las ganancias o pérdidas no deben evaluarse en general para la constelación de actores, sino por cada actor, los esquemas de pagos para todas las provincias se ven alterados con relación a cada una teniendo en cuentas los pagos (beneficios) o pérdidas secundarias. Ello explica porque San Luís no firmó. San Luís tiene un juicio ganado por cobrar al cual debía renunciar a cambio de un compromiso eventual de pago, y admitía que Provincia de Buenos Aires sólo con una demanda empezara a cobrar lo que reclamaba. Sin lugar a duda las pérdidas secundarias de San Luis no eran comparables a las pérdidas que pudieran tener otras provincias.

¿Por qué la Nación habitualmente consigue todo o gran parte de lo que se propone?. En este punto quien puede realizar

---

<sup>91</sup> Ibáñez, Pablo. (16/11/2017). “Pacto...”, *ob. cit.*

la primera oferta o quien primero puede elegir y exponer sus preferencias tiene una ventaja sustancial, dado que siendo altos los costos ante la falta de acuerdo quien juega en segundo lugar tiene entre sus opciones perder mucho o perder poco. Pero nunca podrá lograr un mejor resultado que quien realizó la primera movida.

Es curioso como el ex ministro Frigerio tenía en claro este asunto y lo declaró frente a la prensa “hace 25 años que me dedico a temas de provincias: en todos los pactos fiscales, la Nación primereó a las provincias. Esta vez nosotros no queremos que pierdan dijo el ministro”<sup>92</sup>. Más allá de las declaraciones y las intenciones declamadas, utilizando los términos del ex Ministro, esta vez también la Nación primereó a las provincias.

Para las provincias el mejor resultado hubiera sido posponer la discusión para otro momento, lo cual permitía seguir con el esquema judicial y el esquema fiscal propio. Posponer también implicaba mantener en suspenso el Pacto Federal Fiscal II de 1993 y asumir el riesgo de un fallo desfavorable de la CSJN en el caso del fondo del conurbano. Pero recaído aún un eventual fallo desfavorable luego también se podría haber negociado.

Traduciendo lo sucedido al juego de la batalla de los sexos, la opción preferida para la Nación era el Consenso Fiscal propuesto (Consenso), y la opción preferida por las provincias era posponer la discusión (posponer). Seguiremos el esquema de pagos (beneficios) que se está utilizando<sup>93</sup>, y la secuencia de juego ocurrida para realizar el análisis.

<sup>92</sup> Ibáñez, Pablo. (16/11/2017). “Pacto...”, *ob. cit.*

<sup>93</sup> Los números que se asignan a los pagos (beneficios) son arbitrarios dado que tienen que ver con una valoración asignada por los jugadores, es importante destacar que el esquema de pagos mantiene las proporciones según la orientación de los jugadores. En una orientación individualista el mejor resultado para los jugadores es un resultado coordinado en función a su preferencia (4 puntos), el segundo mejor resultado es un resultado coordinado en función de la preferencia de la contraparte (3 puntos), el tercer mejor resultado es un resultado no coordinado en función a su preferencia (2 puntos), y el peor resultado es aquel no coordinado en función de la preferencia de la contraparte (1 punto).

		Nación	
		Postergar	*Pacto
Provincias	Pacto	1 1	4 3
	*Postergar	3 4	2 2

La primera movida la tiene la Nación quien selecciona la opción Pacto.

		Nación	
		Postergar	*Pacto
Provincias	Pacto	1 1	4 3
	*Postergar	3 4	2 2

A las provincias les quedaba la opción de un resultado coordinado si optan por pacto (con un pago/beneficio de 3) o un resultado no coordinado si optan por postergar (con un pago/beneficio de 2). Lógicamente con un actuar racional se inclinaron por elegir Pacto, quedando el juego resuelto de la siguiente manera.

		Nación	
		Postergar	*Pacto
Provincias	Pacto	1	4
	*Postergar	3	2

Hay un tema más que no es contemplado en la hipótesis de Altavilla y por tanto excede el objeto del presente, y ello es cómo se obliga a los actores a intervenir en el juego. Hemos visto la ventaja que tiene quien realiza la primera movida, pero existe un punto anterior, ante el cual corresponde preguntarse ¿por qué los jugadores aceptan participar del juego?, o también cabe preguntarse si ¿pueden los actores rechazar la participación?

## V. Conclusiones

De lo expuesto surge como conclusión que el modelo de análisis que propone Altavilla para los procesos de negociación de pactos fiscales es apropiado para lograr entender el mismo.

La aplicación de la teoría de los juegos, en especial de “La batalla de los sexos” facilita el análisis del proceso de negociación y los motivos por los que se producen los resultados.

Se ha podido verificar que los actores se integran formando constelaciones, en las cuales, dependiendo de las circunstancias históricas, el factor común de unión puede variar. En algunos casos la unión es de tipo político, en otros la unión es por características de las provincias (chicas o grandes), actividades económicas relevantes en las provincias (por ej. el petróleo o la actividad vitivinícola), y en otras la unión está basada en la resistencia a la propuesta.

La Nación pudo realizar la primera movida (primereó) a las provincias. Los gobernadores trabajaron cada uno en tratar de obtener beneficios o evitar pérdidas para sus jurisdicciones, intentando aprovechar cada oportunidad.

Encontramos que, desde otra óptica y en otro momento histórico, se ha podido verificar la hipótesis en tanto ciertas características del diseño institucional posibilitan comportamientos oportunistas y de “free rider” en ambos niveles de gobierno. El contexto institucional en donde los actores se desenvuelven está definido por su debilidad (dado que no constriñe lo suficientemente los comportamientos oportunistas) y, consecuentemente, por su maleabilidad y flexibilidad por parte de los mismos actores involucrados en orden a sus propios intereses. Por lo tanto, el comportamiento oportunista y de corto plazo es parte del conjunto de reglas que rigen las relaciones entre los distintos niveles de gobierno.

## Bibliografía

- ALTAVILLA, CRISTIAN (2012). “*Procesos de Negociación en las relaciones intergubernamentales. El Pacto Fiscal Federal I*”, Revista Perspectivas de Políticas Públicas, Argentina, Año 1 N° 2 (Enero-junio 2012), pp. 175 – 220.
- ARGENTO, ANALIA (13/12/2017). “El Ejecutivo advirtió que si no se aprueba la Reforma Previsional se caerá el pacto fiscal”. Infobae recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.infobae.com/politica/2017/12/13/el-ejecutivo-advirtio-que-si-no-se-aprueba-la-reforma-previsional-se-caera-el-pacto-fiscal/>
- ARGENTO, ANALIA (18/12/2017). “El silencio de los gobernadores que dieron quórum y la foto que necesitaba el Gobierno”. Infobae recuperado el 12 de enero de 2018 de <https://www.infobae.com/politica/2017/12/18/el-silencio-de-los-gobernadores-que-dieron-quorum-y-la-foto-que-necesitaba-el-gobierno/>.
- BRASLAVSKY, GUIDO (29/11/2017). “*El Senado dio media sanción a la reforma previsional y al Pacto fiscal con las provincias*”. Clarín recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/senado-avanzo-aprobacion-ley-cambia-movilidad-jubilatoria\\_0\\_HJDxFkTgM.html](https://www.clarin.com/politica/senado-avanzo-aprobacion-ley-cambia-movilidad-jubilatoria_0_HJDxFkTgM.html)

- BRAVO, MARTÍN (06/11/2017). “*En medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano, Ricardo Lorenzetti recibió a María Eugenia Vidal*”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/medio-tension-reclamo-fondo-conurbano-ricardo-lorenzetti-recibio-maria-eugenia-vidal\\_0\\_S1GwIIARZ.html](https://www.clarin.com/politica/medio-tension-reclamo-fondo-conurbano-ricardo-lorenzetti-recibio-maria-eugenia-vidal_0_S1GwIIARZ.html)
- BRAVO, MARTÍN (14/11/2017). “*Pacto fiscal: el Gobierno le mete presión a las provincias, pero ya analiza alternativas para el acuerdo*”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/gobierno-presiona-evalua-alternativas\\_0\\_H11ap1YJf.html](https://www.clarin.com/politica/gobierno-presiona-evalua-alternativas_0_H11ap1YJf.html)
- BULLRICH, LUCRECIA (08/11/2017). “Malestar en las provincias por la foto de Vidal con Lorenzetti”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2080265-malestar-en-las-provincias-por-la-foto-de-vidal-con-lorenzetti>.
- BULLRICH, LUCRECIA (09/11/2017). “El pacto fiscal de 1993 acecha a los mandatarios”. La Nación, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2080597-el-pacto-fiscal-de-1993-acecha-a-los-mandatarios>
- BULLRICH, LUCRECIA (12/11/2017). “*Los gobernadores dudan de que se pueda firmar el pacto fiscal esta semana*”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2081633-los-gobernadores-dudan-de-que-se-pueda-firmar-el-pacto-fiscal-esta-semana>.
- BULLRICH, LUCRECIA (16/11/2017). “*El Gobierno intenta destrabar el acuerdo con las provincias*”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2082751-el-gobierno-intenta-destrabar-el-acuerdo-con-las-provincias>.
- CLARÍN (18/12/2017). “Reforma previsional: 12 gobernadores se mostraron juntos para apoyar el proyecto”, recuperado el 12 de enero de 2018 de [https://www.clarin.com/politica/reforma-previsional-12-gobernadores-mostraron-juntos-apoyar-proyecto\\_0\\_BkqaBOBGM.html](https://www.clarin.com/politica/reforma-previsional-12-gobernadores-mostraron-juntos-apoyar-proyecto_0_BkqaBOBGM.html).
- COMISIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS. *Resolución General Interpretativa 35/2014*, recuperada el 4 de enero de 2018 de [http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/rgi/r\\_g\\_i\\_n\\_35\\_2014.pdf](http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/rgi/r_g_i_n_35_2014.pdf), y *Resolución General Interpretativa 36/2017* recuperada el 4 de

- enero de 2018 de [http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/reservadas/r\\_g\\_i\\_n\\_36\\_2017.pdf](http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/reservadas/r_g_i_n_36_2017.pdf).
- CSJN (1999). “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa” en sentencia de fecha 19 de agosto de 1999
- DALTO, VERONICA (02/10/2017). “*El Gobierno se queda con la carta del Pacto Fiscal para negociar en 2018 con provincias*”. El Cronista, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-se-queda-con-la-carta-del-Pacto-Fiscal-para-negociar-en-2018-con-provincias-20171002-0038.html>
- DIARIO ÁMBITO FINANCIERO (15/11/2017). “*Pacto fiscal: Frigerio se reunió con gobernadores y aseguró que están “más cerca de un acuerdo”*”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/903560-pacto-fiscal-frigerio-se-reunio-con-gobernadores-y-aseguro-que-estan-mas-cerca-de-un-acuerdo>
- DIARIO ÁMBITO FINANCIERO (14/12/2017). “*Carrió advierte que una reforma previsional por DNU “violaría gravemente la Constitución”*”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.ambito.com/906628-carrio-advierte-que-una-reforma-previsional-por-dnu-violaria-gravemente-la-constitucion>.
- DIARIO ÁMBITO FINANCIERO (18/12/2017). “*Antes de la sesión, Frigerio y Peña armaron foto de apoyo de gobernadores a la reforma*”, recuperado el 12 de enero de 2018 de <http://www.ambito.com/906858-antes-de-la-sesion-frigerio-y-pena-armaron-foto-de-apoyo-de-gobernadores-a-la-reforma>.
- DIFUSIONINFO (30/10/2017). “*Histórico discurso del Presidente Macri en el CCK | 30-10-2017*” [video]. Consultado el 17 de diciembre de 2017 de [https://youtu.be/Eb6H3i6\\_2iQ](https://youtu.be/Eb6H3i6_2iQ).
- EL DIARIO DE LA REPÚBLICA (30/11/2017). “*Alberto: “No pasará nada por no firmar, las obras continuarán”*”, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.eldiariodelarepublica.com/nota/2017-11-30-20-56-26-alberto-rodriguez-saa-el-consenso-fiscal-solo-beneficia-a-la-nacion-y-a-buenos-aires>.
- EL LITORAL (27/01/2018). “*Nación retiene fondos a provincias que aún no avalaron el Pacto Fiscal, entre ellas Corrientes*”, recuperado el 5 de febrero de 2018 de <http://www.ellitoral.com>.



ar/nota/2018-1-27-4-0-0-nacion-retiene-fondos-a-provincias-que-aun-no-avaloron-el-pacto-fiscal-entre-ellas-corrientes .

- HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN (2017). “*SESIÓN COMPLETA 2da PARTE: H. Cámara de Diputados de la Nación - 21 de Diciembre de 2017*” [video]. Publicado el 26 diciembre de 2017, consultado el 22 de enero de 2017 de <https://youtu.be/IJRoSjQYppk?t=10366>
- IBÁÑEZ, PABLO (07/11/2017). “*Alerta entre los gobernadores por la foto María Eugenia Vidal-Ricardo Lorenzetti*”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017. [https://www.clarin.com/politica/alerta-gobernadores-foto-maria-eugenia-vidal-ricardo-lorenzetti\\_0\\_S15ss5JkM.html](https://www.clarin.com/politica/alerta-gobernadores-foto-maria-eugenia-vidal-ricardo-lorenzetti_0_S15ss5JkM.html).
- IBÁÑEZ, PABLO (09/11/2017). “*Los detalles del Pacto Fiscal que el Gobierno negocia con las provincias*”. Clarín, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/inquietud-provincias-preparan-discutir-letra-chica\\_0\\_BkXI1r-Mkf.html](https://www.clarin.com/politica/inquietud-provincias-preparan-discutir-letra-chica_0_BkXI1r-Mkf.html).
- IBÁÑEZ, PABLO (16/11/2017). “*Pacto fiscal: negocian esta mañana en la Rosada para cerrar el acuerdo y firmar con Mauricio Macri*”. Clarín, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [https://www.clarin.com/politica/pacto-fiscal\\_0\\_B1wMGH5yz.html](https://www.clarin.com/politica/pacto-fiscal_0_B1wMGH5yz.html)
- INDEC. “*Censo del año 2010*”, información consultada en [https://www.indec.gov.ar/censos\\_total\\_pais.asp?id\\_tema\\_1=2&id\\_tema\\_2=41&id\\_tema\\_3=135&t=3&s=0&c=2010](https://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=3&s=0&c=2010)
- IPROFESIONAL (06/11/2017). “*Vidal se reunió con Lorenzetti y dijo que el reclamo por el Fondo del Conurbano ‘es justo y legítimo’.*”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de [http://www.iprofesional.com/notas/258400-lorenzetti-corte-suprema-tipo-de-cambio-vidal-tarifa-tribunal-fiscal-de-la-nacion-tribunales-Vidal-se-reunio-con-Lorenzetti-y-dijo-que-el-reclamo-por-el-Fondo-del-Conurbano-es-justo-y-legitimo?page\\_y=0](http://www.iprofesional.com/notas/258400-lorenzetti-corte-suprema-tipo-de-cambio-vidal-tarifa-tribunal-fiscal-de-la-nacion-tribunales-Vidal-se-reunio-con-Lorenzetti-y-dijo-que-el-reclamo-por-el-Fondo-del-Conurbano-es-justo-y-legitimo?page_y=0)
- JUEGUEN, FRANCISCO (18/08/2017). “*El Gobierno pacta con los gobernadores contener el gasto y el empleo público*”. La Nación, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.lanacion.com.ar/2054405-el-gobierno-pacta-con-los-gobernadores-contener-el-gasto-y-el-empleo-publico>.

- LA GACETA DE SALTA (07/11/2017). “*Lorenzetti recibió a Vidal, en medio de la tensión por el reclamo del Fondo del Conurbano*”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.lagacetasalta.com.ar/nota/93040/actualidad/lorenzetti-recibio-vidal-medio-tension-reclamo-fondo-conurbano.html>
- LA NACIÓN (30/10/2018) “*Mauricio Macri, en el CCK: “Tenemos que avanzar en reformas donde cada uno ceda un poco*”, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <http://www.lanacion.com.ar/2077597-mauricio-macri-plan-de-reformas-cck>.
- LA NACIÓN (18/12/2017). “*El quorum, la clave de la sesión por la reforma previsional: el cálculo oficial y la desconfianza del FPV*” recuperado del 12 de enero de 2018 de <http://www.lanacion.com.ar/2092463-la-batalla-por-el-quorum-la-clave-de-la-sesion-por-la-reforma-previsional-el-calculo-oficial-y-la-desconfianza-del-fpv>.
- LANDERA, FEDERICO (2017). “*Elecciones 2017 vs. 2015: el nuevo mapa político del país*”. Universidad Austral. Se ha consultado una presentación recuperada el 10 de enero de 2018 de [https://www.slideshare.net/jucarguello/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pas?from\\_action=save](https://www.slideshare.net/jucarguello/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pas?from_action=save). Véase también presentación oficial de la Universidad en <http://www.austral.edu.ar/contenido/2017/10/elecciones-2017-vs-2015-el-nuevo-mapa-politico-del-pais/>
- LEIRAS, MARCELO (2013). “*Las contradicciones aparentes del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales*”. En ACUÑA, CARLOS H. (compilador). *¿Cuánto importan las Instituciones?*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI Editores, ps 209-245. La cita es de p. 229.
- LMNEUQUEN.COM (18/12/2017). “*Trece gobernadores manifestaron su apoyo a la reforma previsional*” recuperado el 12 de enero de 2018 de <https://www.lmneuquen.com/trece-gobernadores-manifestaron-su-apoyo-la-reforma-previsional-n574850>.
- MERCADO, SILVIA (09/11/2017). “*Todo listo para la firma de los primeros acuerdos entre Mauricio Macri y los gobernadores*”. Infobae, recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <https://www.infobae.com/politica/2017/11/09/todo-listo-para-la-firma-de-los-primeros-acuerdos-entre-mauricio-macri-y-los-gobernadores/>

- PERTOT, WERNER (13/11/2017). “*Zanahoria y garrote para las provincias*”. Página 12, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.pagina12.com.ar/75591-zanahoria-y-garrote-para-las-provincias>.
- PODER EJECUTIVO NACIONAL. *Decreto 19/94 recuperado el 4 de enero de 2018* de <http://www.cfi.gov.ar/docs/PactoII.pdf>
- PODER EJECUTIVO NACIONAL. *Decreto 2635/2015*, recuperado el 14 de diciembre de 2017 de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/255838/norma.htm>.
- PODER EJECUTIVO NACIONAL. *Decreto 73/2016*, recuperado el 14 de diciembre de 2017 de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257722/norma.htm>.
- SCHARPF, FRITZ W. (1997). “Games real actors play: actor-centered institutionalism in policy research”. Oxford. Editorial WestviewPress.
- SIERRALTA RÍOS, ANIBAL (1998). “*Breve introducción a la teoría de los juegos y su aplicación en el derecho*”. THEMIS: Revista de Derecho, N° . 38, 1998 (Ejemplar dedicado a: Derecho Civil), pp. 277-288.
- TELAM (16/11/2017). “*Frigerio define el alcance del pacto fiscal con los gobernadores*” recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.telam.com.ar/notas/201711/223278-gobernadores-mauricio-macri-pacto-fiscal-rogelio-frigerio.html>
- TELAM (22/11/2017). “*En San Luis se quejan de un ‘apriete’ de la Nación y de otras provincias*” recuperado el 17 de diciembre de 2017 de <http://www.telam.com.ar/notas/201711/225282-en-san-luis-se-quejan-de-un-apriete-de-nacion-y-otras-provincias-por-el-pacto-fiscal.html>
- TELAM (25/01/2018) “*Dura advertencia de Dujovne a los gobernadores que no cumplan el pacto fiscal*”. La Voz, recuperado el 5 de febrero de 2018 de <http://www.lavoz.com.ar/politica/dura-advertencia-de-dujovne-los-gobernadores-que-no-cumplan-el-pacto-fiscal>
- TORINO, MARTÍN (10/11/2017). “*El Gobierno prevé cerrar el acuerdo el próximo jueves, pero con disensos*”. El Cronista, recuperado el 16 de diciembre de 2017 de <https://www.cronista.com/>

economiapolitica/El-Gobierno-preve-cerrar-el-acuerdo-el-proximo-jueves-pero-con-disensos-20171110-0056.html.

ZURBRIGGEN, CRISTINA (2006). “*El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas*”. Revista de Ciencia Política, Santiago de Chile, Volumen 26, N° 1 (2006), pp. 67-83, recuperado el 18 de enero de 2018 de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2006000100004>.

# COMENTARIO A LEGISLACIÓN



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*

Obra: *Torturador sotánico III* (boceto digital)

## Puan

Se puede escribir poemas mientras la economía se desangra y los chicos sacan los bancos a la calle? o buscan comida de la basura. Qué se siente estar sentado en un living rodeado de buenos libros de filosofía? Qué se siente que esa luz te ilumine de cerca solo a vos? Pensas que la cultura te protege de la “tormenta” como Macri denomina con cinismo y total descaro al hambre y a la desolación. Qué es lo que a todos por igual nos atormenta? Por qué el ministro viaja a Washington? Qué es lo que más nos da miedo? Esto no es un fracaso económico? Qué es entonces? Habrá sentido alguna vez Macri el peso de una devaluación en su mesa? Sabrá lo que es? Pasar de la carne al pan. O que a los chicos les den un mate cocido antes de mandarnos a la cama (cama es ahora y aquí un concepto decididamente deshonesto y estúpido)? Sabe lo que es eso? “engañar la panza” Se lo imagina? Lo sabe realmente?

Se acabó la poesía. Ya no es maduro seguir haciendo esto.

La palabra importa por su construcción formal, dice Borges, por como está armada, *no por lo que evoca*.

Las serpientes no tienen extremidades.

La gente tiene hambre, Borges. Hambre.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*

# La política ferroviaria en el concierto comparado. Apuntes para pensar las políticas públicas

*Railway policy in the concert compared. Notes for thinking about public policies*

*A política ferroviária no concerto comparativo. Notas para pensar as políticas públicas*

*La politique ferroviaire dans l'aspect comparatif. Notes pour réfléchir aux politiques publiques*

比较音乐会中的铁路政策。思考公共政策的注意事项

Gabriela Andrea Stortoni<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14 Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e365>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5324-8833>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

**Resumen:** El sistema ferroviario argentino ha seguido cierto derrotero de los sistemas comparados. Por eso la impronta de este estudio es describir algunos lineamientos, los puntos en común que se advierten y las reglas que se pueden adoptar de cara al futuro. La necesidad de un sistema ferroviario fortalecido es troncal en el desarrollo del país. En este sentido, el estudio avanza en describir la evolución del sistema ferroviario en la Europa unida, el régimen el Alemania, Francia, Reino

---

<sup>1</sup> Abogada (UNLP), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral); Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III -Madrid-, París X -Nanterre- Francia y El Salvador -Buenos Aires, Argentina; docente de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Austral.

Unido, España, Estados Unidos, América del Sur y Japón. El objetivo de abrir el debate y promover el estudio y el pensamiento. El desafío es pensar una solución vernácula, aprendiendo de las experiencias comparadas y de la propia historia del sector.

**Palabras claves:** transporte ferroviario. Sistema Comparado. Separación vertical.

**Abstract:** The Argentinean railway system has followed a certain path of comparative systems. Therefore, this study describes some guidelines, the common points and the rules that can be adopted in the future. The need for a strengthened railway system is central to the country's development. In this sense, the study advances in describing the evolution of the railway system in the United Europe, the regime in Germany, France, United Kingdom, Spain, United States, South America and Japan. The aim is to open the debate and promote study and thought. The challenge is to think of a vernacular solution, learning from comparative experiences and the history of the sector itself.

**Keywords:** rail transport. Comparative System. Vertical separation.

**Resumo:** O sistema ferroviário argentino seguiu certo curso dos sistemas comparados. Por isso o objetivo deste estudo é descrever algumas diretrizes, os pontos comuns observados e as regras que podem ser adotadas de cara ao futuro. A necessidade de um sistema ferroviário fortalecido é central para o desenvolvimento do país. Nesse sentido, o estudo avança na descrição da evolução do sistema ferroviário na Europa unida, o regime na Alemanha, França, Reino Unido, Espanha, Estados Unidos, América do Sul e Japão. O objetivo de abrir o debate e promover o estudo e o pensamento. O desafio é pensar uma solução vernácula, aprendendo das experiências comparativas e da própria história do setor.

**Palavras-chave:** transporte ferroviário. Sistema Comparativo. Separação vertical

**Résumé:** Le système ferroviaire argentin a suivi un certain parcours des systèmes comparés. C'est pour cela que l'idée de cette étude est de décrire quelques lignes directrices, les points communs qui sont remarquables et les règles qui peuvent être adoptées pour l'avenir. Un système ferroviaire renforcé est essentiel au développement du pays. En ce sens, l'étude avance dans la description de l'évolution du système ferroviaire



en Europe unie, en Allemagne, en France, au Royaume-Uni, en Espagne, aux États-Unis, en Amérique du Sud et au Japon. L'objectif est d'ouvrir le débat et de promouvoir l'étude et la réflexion. Le défi est de penser à une solution vernaculaire, en apprenant des expériences comparatives et de l'histoire du secteur.

**Mots clés:** transport ferroviaire. Système comparatif. Séparation verticale.

摘要：阿根廷铁路系统遵循了比较系统的特定过程。因此，本研究的重点是描述一些准则，注意的共同点以及将来可以采用的规则。加强铁路系统的需求对国家的发展至关重要。从这个意义上说，研究在描述欧洲铁路系统的发展，德国，法国，英国，西班牙，美国，南美和日本的政权发展方面取得了进展。开放辩论和促进学习与思考的目的。面临的挑战是想一个白话方案，从比较经验和行业本身的历史中学习。

关键词：铁路运输，比较系统，垂直分离

---

## I. Introducción

Cuando pensamos como recuperar el sector ferroviario argentino, castigado tantas veces, y usado otras tantas como emblema, ya para intereses económicos sectoriales sembrados de ideologías mezquinas, creo que resulta conveniente, dar un repaso por algunos sistemas ferroviarios en el concierto comparado.

### *1. Europa y las reglas de la Unión Europea*

Europa es el continente que posee mayor cantidad de kilómetros de vías férreas en relación con su superficie (4 Km. por cada 100 km<sup>2</sup>). La mayor densidad se encuentra en los países más densamente poblados. En Europa occidental gran parte de los ferrocarriles cuentan con vías electrificadas, como en Suiza, Austria, Italia, Suecia, etc., y grandes obras de ingeniería, especialmente en los Alpes. Así se levanta como icono de la obra

publica, la construcción del “Eurostar” que permite unir París con Londres en solo tres horas.

Los países de Europa, no obstante, no acreditan el mejor crecimiento en términos de carga transportada y rentabilidad en el transporte de pasajeros. Dice la OCDE que los países europeos tienen ganancias muy por debajo de los Estados Unidos,<sup>2</sup> por lo cual de cara a ganar sustentabilidad económico-financiera se instrumentara en Europa una política ordenada a la compatibilización de las redes férreas, para el crecimiento sostenido de los países miembros.

Por ello “el modelo de transporte supone, además de la aportación de sus peculiares calidades, la reasunción del transporte ferroviario desde una perspectiva renovada, como sistema racionalmente capaz de salvar la situación de agotamiento y los efectos indeseables que ofrecen hoy el transporte por carretera y el espacio aéreo, precisamente por causa de su enorme crecimiento y saturación<sup>3</sup>”.

El uso del tren y el abandono del automóvil sólo pueden ser estimulados con una gestión competitiva en todos los sentidos que sea capaz de ganarse la potencial población de pasajeros que harían noble el mantenimiento del servicio.

Y la vocación de la creación de redes ferroviarias integradas es uno de los objetivos de la Unión Europea.

Como dice Parejo Alfonso “La política comunitaria en materia del ferrocarril estuvo así dirigida desde sus inicios a abrir el mercado hacia la competencia, en cuanto instrumento idóneo para su desarrollo. La primera dificultad estribaba en que en

<sup>2</sup> OECD. “As an illustration, the average revenue per employee of freight transport services by railways of Britain, France, Italy and Germany in 1994 was between \$43.000 for France and 519.500 for Italy, compared with \$155.000 in the US”, end *Railways: Structure, Regulations and Competition Policy, DAFFE/CLP(98) Competition Policy*. Les tatoes sur *les politiques* de concurrence, nro. 15, OECD, www.oecd.org, diciembre 2001.

<sup>3</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Las infraestructuras ferroviarias europeas. Cuestiones competenciales” en MONTORO CHINER, Mana Jesús (coorci.), *Infraestructuras ferroviarias del Tercer Milenio*, Cedecs, Barcelona - España -1999.

la mayoría de los Estados miembros el servicio de transporte ferroviario era un monopolio. La segunda era la grave situación de crisis financiera que afectaba a las empresas nacionales encargadas de la gestión del servicio ferroviario. Estas dos trabas originaron que los dos objetivos centrales de las medidas comunitarias adoptadas fueran la apertura progresiva a la competencia y el saneamiento de las empresas ferroviarias”<sup>4</sup>, no obstante, las primeras medidas fueron de restricción a las reglas de la competencia lisa y llana que podrían ser aplicadas en otros sectores, de cara a asegurar la continuidad y regularidad del servicio.

Por eso, se restringió, por el Reglamento 141/1962/CEE del 26 de noviembre de 1962, la aplicación al sector de los transportes del Reglamento 17/1962/CEE del 6 de febrero de 1962, que desarrollaba el régimen de la competencia establecidos en la Tratado de la Comunidad Europea, como medida de protección de un sector que primero debe crecer para abrirse a la competencia. Ello también resultara del propio Tratado de Roma, que autorizo a los servicios de transporte contar con regímenes de ayudas publicas, en forma mas flexible que otras áreas, por el servicio publico a garantizar.<sup>5</sup>

Por su parte, el art. 129.B) del Tratado de Roma, expresa que a fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los arts. 7 y 130 del tratado y para permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores,

---

<sup>4</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO (Director) y otros “ESTUDIOS SOBRE LA ORDENACION DEL SECTOR FERROVIARIO EN LA UNION EUROPEA (El marco comunitario y los casos alemán, francés, británico y español)” Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Universidad Carlos III de Madrid, con la colaboración de la Fundación de Ferrocarriles Españoles. Madrid, España, 2004. Pagina 21

<sup>5</sup> La Decisión 1965/271/CEE del Consejo del 13 de mayo de 1965, establece que “las obligaciones inherentes a la noción de servicio publico impuestas a las empresas de transporte, solo deberían mantenerse en la medida que su mantenimiento sea indispensable para garantizar la prestación de los servicios de transporte suficientes”

*la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.*

Y sigue diciendo que - en el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos - la acción de la Comunidad tendrá por objetivo favorecer la intercomunicación e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas, y las regiones centrales de la Comunidad.

Asimismo, el art. 129.C reafirma la importancia del desarrollo de proyectos de interoperabilidad de trenes y dice que “la acción de la comunidad tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos”.

A estas normas se suma la directiva 440/1991 del Consejo de 29/7/1991, la cual, bajo el título “Desarrollo de ferrocarriles comunitarios”, en su art. 1º, enuncia los objetivos fundamentales, a saber:

- Garantizar la autonomía de gestión de empresas ferroviarias. Implica que cada empresa cuente con un Estatuto independiente de los Estados, que sean administradas como sociedades privadas; que tengan programas de actividad, inversión y financiación orientados al equilibrio financiero; que se garantice la libertad de asociarse con una o más empresas privadas para conformar una agrupación internacional; fijar sus tarifas, tornar decisiones respecto de su personal y activos propios. En otras palabras, la apertura al mercado del servicio y adopción de formas societarias liberales<sup>6</sup>.
- Separación de la gestión de las infraestructuras y de la explotación de los servicios de transporte de las empresas

<sup>6</sup> La Directiva 237 del 29/7/1991, sobre el Desarrollo de los Ferrocarriles Comunitarios, expresa que “...a efectos de que los transportes por ferrocarril sean eficaces y competitivos con respecto a los demás medios de transporte, los Estados miembros deben concederá las empresas de transporte ferroviario un régimen de empresa independiente que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado”.

ferroviarias, siendo obligatoria la separación contable y voluntaria la separación orgánica o institucional. Implica además que puedan ser gestiones y empresas diferentes: se promueve la financiación pública para el desarrollo de la infraestructura exclusivamente; el administrador de la infraestructura tendrá derecho a aplicar un canon no discriminatorio a las empresas ferroviarias que sean operadores de cargas nacionales o internacionales y que se sirvan de dicha infraestructura<sup>7</sup>.

- Saneamiento de la infraestructura financiera de las empresas ferroviarias. Los Estados miembros y las empresas establecerán mecanismos para contribuirá reducir las deudas de dichas empresas.
- Garantizar el acceso a las redes ferroviarias de los Estados miembros para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias, así como para las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales de mercancías.

Este escenario impacto de lleno en los diferentes Estados de la Unión, con variopinto resultado, el que veremos a continuación, pero es claro que las reglas de recuperación del sector con ayudas publicas que se orienten a una visión confederada de las redes: la impronta del necesario saneamiento de las empresas a cargo del servicio, mas allá de lo publico o lo privado; y la necesaria diferenciación de las unidades de los negocios, por ejemplo, infraestructura por un lado y servicios por el otro, van a ser reglas que marcarán la agenda planificada y de largo

---

<sup>7</sup> No olvidamos que esta pauta tiene su antecedente en el sistema sueco. En efecto, Suecia ha sido la primera nación que aplica el sistema de separación vertical, entre infraestructura y operación de servicios. Ello ocurre mediante el dictado de la ley de Suecia de 1988, la cual separó el monopolio ferroviario estatal, Statens Järnvägar, en dos organizaciones distintas. Las operaciones de tráfico están actualmente administradas por la nueva empresa Statens Järnvägar (SJ), que sigue siendo en lo esencial una concesión monopólica de propiedad del Estado. La responsabilidad del mantenimiento y la construcción de la infraestructura ferroviaria ha sido transferida a una nueva organización estatal, la Banverket (Administradora Nacional de Vías Férreas).

plazo. No es menor el lugar que se le da al servicio público en esta materia, y de su definición, como asistencia de la necesidad general, se impone garantizar su prestación, antes que nada.

Y en este escenario, cuatro paquetes de leyes y directrices ferroviarias van a delinear las reglas europeas de la integración para la creación de una red transeuropea. Entonces, separación entre infraestructura y servicios, homogeneización de la red, introducción de la figura de la licencia, reglas uniformes en materia de prestación del servicio para su eficiencia, pero también para su seguridad, van a ser las líneas más destacadas.

A esto se suma, para mejorar la interoperabilidad y la seguridad del sistema ferroviario europeo, la Agencia Ferroviaria Europea (AFE) creada por el Reglamento (CE) n.º 881/2004, de 29 de abril de 2004. La principal función encomendada a esta Agencia es la de armonizar, registrar y supervisar las empresas de transporte de todo el sistema ferroviario europeo y establecer objetivos comunes de seguridad para los ferrocarriles europeos.

Hoy la AFE, por impacto del cuarto paquete ferroviario y mediante el Reglamento (UE) 2016/796, es la institución competente para emitir autorizaciones de vehículos (locomotoras y vagones) destinados a actividades transfronterizas, así como certificados de seguridad únicos para las empresas ferroviarias que operan en varios Estados miembros.

La idea entonces de crear un espacio homogéneo y seguro, con autoridades europeas independientes, y sistemas de acceso transparentes van a ir desarrollando el proceso de crecimiento ferroviario europeo.

Veamos ahora el desarrollo ferroviario en algunos de los países más importantes de Europa.

## ***2. Alemania***

Los trenes empiezan a desarrollarse en Alemania a principios de 1835. El crecimiento no fue uniforme y fue de impronta pública, como también del sector privado.

Ello fue así hasta en el año 1919, con la Constitución de Weimar se declara que el ferrocarril es de competencia federal. En 1924 se crea la Deutsche Reichsbahn Gesellschaft (DRG) como empresa pública tipo FERROCARRILES ARGENTINOS y con monopolio durante 40 años

Con la segunda guerra mundial en ciernes, en 1937, la DRG es disuelta por el Gobierno quien pone en cabeza del Ministerio de Transporte la gestión de los servicios.

Finalizada la segunda guerra mundial, se constituyen dos sociedades ferroviarias en cada República, los cuales se unificarán en 1993 con la caída del Muro de Berlín y la unificación alemana.

Se crea la Deutsche Bahn A.G.(DB) sociedad anónima de capital estatal, en un principio, a cargo de la infraestructura y la prestación de los servicios y la BEV a cargo del patrimonio ferroviario y el personal (régimen previsional y de jubilaciones)

La privatización llegará a la DB en 1999, la que se divide en cinco empresas, a saber:

- Una para el largo recorrido
- Otra de cercanías
- Otra de carga
- Otra de infraestructura
- Y finalmente otra para las estaciones.

El sistema se completa con la EBA que era el organismo de control del sistema, creada en 1994, la cual tendrá a su cargo todo lo atinente al control y autorización de la red ferroviaria federal alemana y de los landers, previa delegación de competencia.

El sistema alemán, en esta instancia llega a tener más de 300 empresas ferroviarias autorizadas como prestadores de servicios, y si bien la infraestructura ferroviaria queda principalmente en cabeza de la DB, la posibilidad de acceder a la administración de infraestructura se regula expresamente. La autorización es otorgada por la EBA y puede ser de 15 años

para los operadores de servicios y de 50 para los que administran infraestructuras.

La separación vertical es obligatoria en la separación contable, requisito sine qua non de las empresas que tengan ambas autorizaciones de servicios y de infraestructura.

En la práctica el Estado va a sostener la inversión en infraestructura ferroviaria, mientras que las ayudas y subsidios se evitaran en la prestación de servicios ferroviarios a cargo de privados, a los fines de garantizar que se trate de negocios privados fidedignos.

Hoy el sistema ferroviario alemán presenta una marcada presencia de la DB en la prestación de los servicios de pasajeros urbanos y de cercanías, y de transporte de mercaderías, pero también existe una importante competencia.

No obstante, se ha considerado que la separación vertical, como política pública, se encuentra en jaque en Alemania<sup>8</sup>, y eso de por sí genera ciertos incentivos para volver a pensar en una empresa que contengan todas las unidades de negocios del sistema ferroviario (en nuestro ámbito, volver a FA).

No creo que sea ello conveniente, desde que, en Alemania, la competencia esta presente en todos los segmentos, aun cuando se reconozca el protagonismo de la DB. En segundo lugar, la separación vertical es una obligación en materia contable y se impone como precepto de la UE. Su incumplimiento generará responsabilidad ante la Unión, y ello sería un costo muy alto. Distorsiones puntuales las hay, como en todo sistema, pero las excepciones no pueden ser la vara de medición.

También se juegan otras cuestiones aquí, como las buenas prácticas y a la responsabilidad por “accountability” o cuentas claras.

---

<sup>8</sup> Ver Documento N° 4 “El open access en el transporte ferroviario en Alemania. Logros a mitad de camino.” Marcelo E. Lascano. Serie Análisis de Políticas y Planificación del Transporte 2016 [http://www.unsam.edu.ar/institutos/transporte/publicaciones/documento %204 %20lascano %20el %20open %20acces %20alemania.pdf](http://www.unsam.edu.ar/institutos/transporte/publicaciones/documento%204%20lascano%20el%20open%20acces%20alemania.pdf)



En tercer termino, la presencia de la Agencia de Redes, que desde el año 2005, con la nueva Ley General Ferroviaria, se incorpora a estos servicios bajo su competencia de control de monopolios, que le da nuevos aires a la separación vertical.

### **3. Francia**

La construcción de los ferrocarriles en Francia se inicia en 1831 con la primera línea de cargas y en 1834, con los servicios para pasajeros. El negocio privado que generaba el ferrocarril es la razón de su nacimiento, al igual que en otras latitudes y países.

La red fue diseñada en 1842 mediante una estrella de cinco puntas denominada Legrand. Y en 1914 alcanzó la longitud de 40 mil kilómetros. El sistema original era concesional con tarifas reguladas.

En 1937, en época también cercana a lo que va a acontecer diez años después en nuestro país, se nacionalizaron los ferrocarriles franceses mediante la creación de la compañía mixta SOCIÉTÉ NATIONALE DE CHEMIN DE FER FRANÇAIS conocida por sus siglas SNCF. El servicio estaba a cargo del Estado, altamente subsidiado y el crecimiento va a tener una impronta mayúscula con la tecnología de los aviones concorde, que se trasladará a los trenes de alta velocidad. En efecto, en 1981 se inaugura la red de alta velocidad TGV, en la línea París - Lyon.

En los últimos años de las décadas de 1990 y 2000 se implantan las reformas previstas por la Unión Europea, entre las que se encuentra la separación entre infraestructura y explotación, lo que llevó a la creación de Réseau ferré de France (RFF) en 1997 y a la separación de las actividades de la SNCF en tres departamentos: Grandes Líneas y Transporte Público para pasajeros; Mercancías e Infraestructura. En este último departamento, Réseau ferré de France delega la explotación y el mantenimiento de la red. El 1 de enero de 2015 nace SNCF Réseau como consecuencia de la fusión de Réseau ferré de France (RFF), SNCF Infra y Direction de la circulation ferroviaire (DCF).

Con el actual gobierno de Macron, de corte liberal, se pretende implementar privatizaciones de algunos sectores del servicio ferroviario que aunque separado contablemente, esta en manos del Estado. Veremos que sucede.

#### 4. Reino Unido

En Inglaterra, por su parte, es sabido que la historia de los ferrocarriles ha recorrido diversas adecuaciones contractuales, e idas y vueltas de titularidad estatal y privada.

Es el país con más antigüedad en la materia, que comenzó su desarrollo mediante la aparición de numerosas compañías privadas, que desarrollaban líneas y servicios, durante el siglo XIX, a partir de 1820, considerada como la *railwaymanía*, por la especulación en la compra y desarrollo privado de los ferrocarriles.

La red conformada por 130 compañías privadas, se unifican en 1920, en cuatro empresas, denominadas las *big four* e identificadas como:

- GREAT WESTERN RAILWAY
- LONDON AND NORTH EASTERN RAILWAY
- LONDON, MIDLAND, AND SCOTTISH RAILWAY
- THE SOUTHERN RAILWAY

La explotación ferroviaria siguió hasta 1947. La TRANSPORT ACT DE 1947 pone el sistema bajo la tutela de la BRITISH TRANSPORT COMISION, que en el gobierno laboralista pretendió crear un sistema integrado y centralizado. Un año más tarde la bancarrota llegó a las compañías y se decidió la NACIONALIZACION en THE BRITISH RAILWAYS.

Este panorama se mantiene hasta los años 60, cuando se crea una sociedad prestadora del servicio denominada BRITISH RAILWAYS. La empresa irá perdiendo protagonismo y credibilidad hasta 1992, que será objeto de privatización, siguiendo las recomendaciones del denominado Libro Blanco de los Ferrocarriles, abriendo el sector a la competencia, con separación

vertical y horizontal. En consecuencia, el 1 de abril de 1994, la BR se divide en RAILTRACK, a cargo de la administración de la infraestructura ferroviaria y The Operating Company.

El sistema se completa con la OFFICE OF PASSENGER RAIL FRANCHISING que es la encargada de adjudicar las franquicias, bajo la égida del DIRECTOR OF PASSENGER RAIL FRANCHISING. A cargo del control se crea la RAIL REGULATOR<sup>9</sup>. Por otro lado, para la planificación y con potestad para otorgar franquicias, se crea la STRATEGIC RAIL AUTHORITY, y para la regulación, la OFFICE OF RAIL REGULATOR, como autoridad independiente. El panorama de las entidades públicas se complementa con THE HEALTH AND SAFETY EXECUTIVE, que tiene a su cargo la seguridad en material laboral e interviene en accidentes; la BRITISH RAILWAYS BOARD, un organismo residual encargado de la administración y venta de terrenos ferroviarios no operativos y la RAIL SAFETY AND STANDARDS BOARD (creada en 2003 luego del accidente fatal de Landbroke Grove, a cargo seguridad en materia ferroviaria)

Inglaterra ha aplicado el sistema de separación vertical de infraestructura y servicios, dejando la primera en manos de una sola compañía privada; y los segundos en manos de diversas compañías. Hoy, el mercado del transporte de pasajeros está medianamente desregulado, en tanto se permite el acceso de nuevos operadores de servicios, siempre que se trate de una actividad sustentable y un corredor sin prestación actual; mientras que en el mercado ferroviario de cargas el acceso está totalmente desregulado. Ahora bien, contrariamente a lo que se predica del sector inglés y su apertura a lo privado, el ferrocarril inglés tiene una alta presencia pública, en administración de infraestructura y en la multiplicidad de organismos de control y de administración pública.

La infraestructura actualmente está en manos de una empresa privada de capitales principalmente públicos, bajo

---

<sup>9</sup> Fuente; OECD, *Railways: Structure, Regulations and Competition Policy...*, Op. cit.

regimen privado pero sin fines de lucro, denominada NETWORK RAIL. No obstante, conviven 26 empresas licenciatarias de pasajeros y 4 operadores de mercancías. Se puede acceder a licencias para operar estaciones, almacenes y logística.

Las empresas interesadas en prestar servicios de transporte en el sistema inglés deben obtener:

1. Acuerdo de acceso con el operador de la red, sujeto a la aprobación de la autoridad de aplicación correspondiente.
2. Obtención de una Franquicia para explotar un servicio.
3. Licencia de Operador

No obstante, el sistema inglés -señero en el desarrollo de los ferrocarriles y símbolo de la revolución industrial y las avanzadas en las políticas aplicadas en la materia- presenta muchas críticas ya que no paso por una buena racha desde la privatización.

El modelo de separación vertical y horizontal se empañó con la burocratización de las instituciones - demasiadas por cierto - con competencias que se solapan en muchos de los casos. A ello, la politización y los accidentes ferroviarios, hicieron que el sector sufra el vapuleo de la opinión pública casi constante.

## 5. España

En España, por su parte, y como modo de adaptarse al imperativo comunitario impuesto por la directiva 440/1999, el Real Decreto Nro. 121/1994 que establece el nuevo Estatuto de Renfe proclama que “es la idea plasmar las nuevas técnicas de gestión y administración de las sociedades públicas, regulando la prestación y explotación del servicio público del transporte ferroviario como una entidad distinta del Estado, en quien reside la titularidad de aquél”, y en consecuencia, atribuye al Renfe facultades distintas y separadas: por un lado, de administración de la infraestructura y, por otro, de explotación de los servicios<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Corresponde a Renfe:

1. El mantenimiento de las líneas ferroviarias, en los términos acordados con la Administración Pública titular de las mismas.

Por otro lado, el Real Decreto 613/1997 del 25 de abril aprueba el Estatuto para el Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), creado por la Ley del Acompañamiento 13/1996 del 30 de diciembre, al que se encomienda “la construcción y, en su caso, explotación de las nuevas infraestructuras ferroviarias que expresamente le atribuya el Gobierno, incluida la electrificación y señalización” (Renfe ha de aportar la tracción y abonar a GIF el canon por la explotación de las líneas nuevas).

El sistema español se basa en:

1. Una Red Nacional de Infraestructura a cargo del Estado y sufragado con presupuestos generales; que a su vez ostenta la explotación de líneas preexistentes resultando las nuevas líneas a cargo del GIF.
2. Monopolio de cada red, con derecho de acceso y tránsito por parte de terceros.
3. Una nueva dinámica de reparto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de transporte por ferrocarril.
4. Aparece el concepto de canon, sin vinculación a una ecuación —como resulta de nuestras normas de concesión—, sino como pieza instrumental al servicio de la creación de un mercado común ferroviario que —regido por pautas de libre competencia— coadyuve a los objetivos de cohesión e integración que preside el proyecto político,

---

2. La gestión de los sistemas de regulación y seguridad del tráfico.

3. La construcción de nuevas líneas ferroviarias.

4. La explotación mediante el cobro del correspondiente canon, de las líneas que formen parte de la Red Nacional Integrada y de aquellas otras cuya gestión le sea encomendada por la Administración Pública titular de las mismas, pudiendo exigir la adecuada contraprestación económica.

5. La explotación de los servicios de transporte ferroviario que formen parte de la RNI y de aquellos cuya gestión le sea encomendada.

social y económico de la Unión Europea, esto es, canon como derecho de utilización de la infraestructura<sup>11</sup>.

Como expresa López Menudo<sup>12</sup>, el sistema español, por el monopolio en manos de Renfe y GIF, presentaba una regulación que no era acorde con las normas comunitarias, no obstante mencionar su cumplimiento y espíritu orientador de las normas, hasta que se dicta el REAL DECRETO 39/2003.

Esta norma introduce la separación de la red de interés general (federal) de las redes autonómicas, asigna la administración de la infraestructura a cargo de una administración pública estatal, denominada ADIFSE, y deja la operación de servicios a cargo de la emblemática empresa pública RENFE, rebautizada ahora, RENFE OPERADORA.

Así da cumplimiento al mandato de la UE de la separación vertical y apertura de los servicios a la competencia. En el año 2006, se abre el registro de prestadores de servicios de mercancía por ferrocarril, mientras que la apertura del servicio de pasajeros está aun pendiente.

Al igual que en el sistema inglés, se van a introducir los regímenes de acceso a la prestación del servicio a través de Licencias, similares a las autorizaciones administrativas. Para poder acceder a la red, se establecen las reglas de adjudicación de capacidad de vía, tarifa razonable y el canon por uso de la infraestructura.

## **6. Estados Unidos**

En los Estados Unidos, la historia del ferrocarril se inicia a principios del siglo XIX, mediante su construcción por parte de empresarios ingleses y locales. Su rol fue fundamental,

<sup>11</sup> Este canon se determina por las siguientes variables, a saber: naturaleza del servicio; duración del servicio; situación del mercado; naturaleza y deterioro de la infraestructura, y razones de eficacia comercial.

<sup>12</sup> En igual sentido para América Latina ver CEPAL, *Reestructuración y privatización de los ferrocarriles* op. p. 27. <https://repositorio.cepal.org>.

configurando la tecnología más influyente del siglo XIX. Sus contribuciones fundamentales al avance de los transportes y las comunicaciones sentaron las bases de un amplio impacto social y económico sobre dos de las más poderosas tecnologías que siguieron al ferrocarril: el automóvil y el ordenador o computadora informática.

Hoy sigue siendo un servicio líder en el segmento de las mercancías, transportando el 40 por ciento. El ferrocarril es en Estados Unidos el emblema del desarrollo, como lo es en Argentina, y recuerda la conquista del Oeste, uniendo los pueblos y achicando las distancias, diríamos parafraseando a Alberdi.

El legado de los ferrocarriles en Estados Unidos, no obstante, se destaca desde otra mirada, que es haber sido una herramienta de unificación política y social del País. En esto evoca la conquista del Oeste, con todas las connotaciones añadidas a la idea de vida americana y su ética de construcción del espacio nacional. En 1830, primer año de funcionamiento del ferrocarril en los Estados Unidos, todas las tierras que se convertirían dos décadas más tarde en territorio norteamericano tenían una extensión territorial que significaba 30 veces la extensión de Gran Bretaña, aunque el tamaño de la población era mucho menor.

Aunque constituye un tópico afirmar que, desde la perspectiva de los Estados Unidos, la empresa privada es preferible a la intervención del Estado, los diferentes gobiernos en todos sus niveles, desde el municipal al federal, desempeñaron un papel crucial en la construcción de infraestructura de transporte. En la construcción de las redes ferroviarias la financiación y las subvenciones en forma de tierras por parte de la administración serían importantes, aunque no decisivas, alcanzando el 25 por 100 del total de inversiones en 1860. La cantidad restante procedió de acaudalados particulares, muchos de ellos europeos, ingleses fundamentalmente.

Otro dato interesante del desarrollo ferroviario americano es que, si bien inicialmente, dependieron fuertemente de la

tecnología y el material inglés, en forma temprana desarrollaron una industria nacional capaz de construir y poner en marcha ferrocarriles adecuados a las específicas condiciones de los Estados Unidos.

Y fue más innovadora que la inglesa, a la cual tributaba. En este punto la industria fue capaz de generar innovaciones para construir ferrocarriles, adaptando las locomotoras y los carriles a las necesidades del terreno y a las condiciones del entorno físico.

Es curioso, como la grieta que se genera en Estados Unidos por la devastadora Guerra de Secesión (1861-1865) encuentra en el ferrocarril la herramienta para reconstruir la unidad de la Nación.

El desarrollo de la red ferroviaria fue extraordinario y antes de la entrada de los Estados Unidos en la I Guerra Mundial, el conjunto del sistema ferroviario sobrepasaba los 400.000 kilómetros. Como ocurrió en todo el mundo, será décadas después, con la aparición del automóvil y el camión y la construcción masiva de autopistas, cuando se desata el gran reto frente a la prevalente preponderancia del ferrocarril en el transporte de superficie en los Estados Unidos.

El crecimiento ferroviario, no obstante, se va a ver empañado por las luchas en materia tarifaria y la colusión empresarial. Las leyes de los Estados Unidos han sido históricamente mucho más hostiles a los carteles que las europeas; y los esfuerzos para regular los precios han provocado una mayor oposición política y jurídica. Dado que los ferrocarriles eran en muchos casos monopolios privados, se convirtieron en la primera industria sujeta a regulación, inicialmente al nivel de los Estados considerados individualmente y después por el Gobierno federal.

Es este otro dato importante del desarrollo americano. La primera agencia reguladora federal fue la Comisión Comercial Interestatal, fundada en 1889. También se destaca que fueron pioneros en poner en marcha la empresa moderna y la gran corporación típica de los Estados Unidos. Los ferrocarriles fueron



el primer sector en crear medios para gestionar e innovar con los grandes volúmenes de datos, recursos y personal que debía manejar. Fueron también las compañías de ferrocarril pioneras en la creación de un grupo de directivos y de estructuras organizativas descentralizadas que más tarde serían adoptadas en otras grandes empresas de otros sectores de la economía.

Ahora bien, en el período que va desde el año 1947 hasta 1970, el nivel de carga transportada en los Estados Unidos cae a un 31 %, y el número de pasajeros, al dramático porcentaje de 84 %, debido, según la OECD, a la fuerte regulación de la Interstate Commerce Commission (ICC), que requirió la publicidad y generalidad de las tarifas y el sostenimiento de líneas que no eran rentables, por un lado; y, por otro, al programa federal de construcción de autopistas<sup>13</sup>.

Para salir de la crisis, en 1970 se dicta la Rail Passenger Service Act, que creó la Corporación Nacional de Trenes de Pasajeros, conocida bajo el nombre de Amtrak<sup>14</sup>, que es la única empresa estatal prestadora de servicios de transporte ferroviarios. Asimismo, el Gobierno procedió a desregular el servicio de transporte de cargas en 1980. Estas empresas comparten infraestructura a cambio del pago de un canon de acceso.

---

<sup>13</sup> Lamentablemente, en la Argentina, las crisis no tienen ese efecto de regeneración de sistema que ocurre en otros países. Otra solución post crisis fue la recuperación del sistema ferroviario en Bangkok, Tailandia, luego de la crisis de 1997, lo que impulsó a aplicar políticas de integración de los modos y fortalecimiento de los servicios públicos de transporte a los fines de evitar los costos que generaba el uso del auto particular, y redujo de ese modo el uso de combustible (Fuente: Country Report, "Transporte Strategies en Bangkok after economic crisis", 1998, JICA, Japón).

<sup>14</sup> Esta empresa, desde sus inicios, se esforzó por modificar varios aspectos que conspiraban contra la calidad de los servicios y la viabilidad económica de los mismos. En primer lugar, negoció nuevos contratos de trabajo con los sindicatos del personal de los trenes y de los maquinistas, alcanzando su mayor éxito cuando éstos aceptaron el pago de ocho horas por el trabajo de ocho horas en lugar de hacer que el recorrido de 100 millas se considerara equivalente a ocho horas trabajadas. Así, en un esfuerzo permanente por aplicar métodos de racionalización como empresa privada con objetivos comerciales, Amtrak, que en 1976 apenas cubría el 42 % de sus costos con ingresos propios, actualmente autofinancia el 80 % de sus operaciones.

Amtrank con esos ingresos mejora los niveles de ingresos de una red de pasajeros, siempre considerada deficitaria<sup>15</sup>.

## 7. América del Sur

El primer ferrocarril de Iberoamérica va a inaugurarse en Cuba, todavía española, en el año 1837. Recién a partir de 1850 este modo de transporte comenzará su gran expansión en América Latina<sup>16</sup>, en un momento en que el continente estaba inmerso en las luchas intestinas por la independencia y las crisis financieras de los años 1825-1826.

Europa, entonces, hizo el segundo y real “descubrimiento” de América, especialmente para los comerciantes británicos.

Ahora bien, no obstante su origen mercantil, la figura del ferrocarril no va a representar nunca un ícono de la propiedad privada liberal<sup>17</sup> por que la necesidad de su servicio va a legitimar su existencia, como debito al usuario del servicio y patrimonio del ciudadano.

Esa impronta seguirá apareciendo al alternarse las políticas de ampliación o reducción del Estado, que va a pasar de observador a propietario y de ahí a privatizador/concedente y

<sup>15</sup> OECD. Railways: Structure, regulation and Competition Policy. 1997. <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920239.pdf>.

<sup>16</sup> Brasil, Argentina y México van a llegar en 1945 al 75 % del tendido ferroviario de la América Latina, lo cual contribuyó a convertirlos en tres países líderes de Latinoamérica; no obstante, fue por aquellos años cuando los ferrocarriles comenzaron a ser deficitarios, dando paso al transporte por carretera, tanto de pasajeros como —y sobre todo— de mercancías.

<sup>17</sup> Esta dialéctica como expresa Jesús Sanz Fernández en la obra colectiva “HISTORIA DE LOS FERROCARRILES DE IBEROAMERICA (1837-1995) en relación a los albores de la construcción del ferrocarril en Cuba, que es el primero por cierto, que “...el ferrocarril en Cuba como en otros países, habría de ser un negocio privado, pero a tenor de la envergadura de las inversiones y esfuerzos que precisaba su construcción, exigía de la protección, del impulso y de la ayuda de las instancias gubernamentales para llegar a ser una realidad. Con el paso del tiempo esta convicción llegó a ser un lugar común en la mayoría de las repúblicas iberoamericanas – no en todas – y terminó teniendo una serie de implicaciones para las empresas ferroviarias que acentuaron su singularidad e hicieron difícil, desde el comienzo, deslindar claramente lo público de lo privado en la implantación y desarrollo de esa actividad mercantil”. P. 45. Ed. Ministerio de Fomento. Reino de España, 1998.

entonces regulador del sistema. Y ello en un *corsi y ricorsi*, esa idea italiana<sup>18</sup> que entendía que la historia no avanza de forma lineal empujada por el progreso, sino en forma de ciclos que se repiten, es decir, que implican avances y retrocesos, como un obligado aprendizaje de los errores cometidos anteriormente.

En América latina, casi al mismo tiempo que en la Argentina, en las cercanías o albores de la década del 90 se produce la reestructuración de los ferrocarriles, pasando los mismos a manos privadas, tal el caso de Brasil, Bolivia, etc.

No obstante, en algunos casos, es interesante destacar algunas alternativas de la gestión que fueron aplicadas.

En Chile, por ejemplo, la primera locomotora empezó a correr en 1852 y se estima que hoy cuenta con una longitud total de 10.000 Km. de vías. Nacido bajo un sistema de capitales privados, el ferrocarril pasó por etapas de desarrollo y decepción, inversión y abandono, hasta que en 1989 la crítica situación obligó al Gobierno a pensar en la reestructuración de los ferrocarriles. A diferencia de otras experiencias americanas, “...el Estado chileno permaneció activo en cuanto a responsabilidades directas de operación y control, sin perjuicio de integrar la reforma con transferencias al sector privado de otras responsabilidades”<sup>19</sup>.

Colombia, por su parte aun cuando requiere una reconversión del sector que se encuentra concesionado, la empresa privada Ferrovías cobra una tarifa que incluye: (a) gastos de operación; (b) gastos de conservación de la vía a un nivel adecuado de calidad y seguridad; (c) margen de utilidad; mientras que los costos de construcción de infraestructura o de rehabilitación de la misma están a cargo del Estado nacional, en virtud de considerar conveniente aplicar una política simétrica con el servicio de transporte automotor.

---

<sup>18</sup> Acuñada por el filósofo e historiador Giambattista Vico, quien vivió entre 1668 y 1744.

<sup>19</sup> KOGAN, Jorge, *Rieles con futuro. Desafío para los ferrocarriles de América del Sur*, Corporación Andina del Fomento (CAF), Caracas, Venezuela, 2004, p- 64.

## 8. *Japón*

El Reino de Japón inaugura su primera línea en 1872, entre Shimbashi (Tokio) y Yokohama. Se inició después que en Europa e incluso América. No es casual que en fueran los japoneses una de las delegaciones mas nutridas en presenciar la inauguración del subterráneo de Buenos Aires, en los albores del siglo XX.

Ahora bien, el desarrollo de Japón se presenta como formidable, en materia de conexión de pasajeros, ya que hoy cuenta con una malla de mas de 25 mil kilómetros de red, en una superficie total de poco mas de 377.000 km<sup>2</sup>, una densidad considerable, sobre todo por cuanto sirve esencialmente a la red de pasajeros. El sistema ferroviario es de alta sofisticación tecnológica y con acceso a todos los destinos del país, ya a través de las redes nacionales de transporte, reguladas por la Japan National Railways (JNR), como las de larga distancia, conocidas como Shinkansen o “tren bala” que hoy lleva más del 90 % de los pasajeros de larga distancia.

El Shinkansen, que constituyó en su día el primer Ferrocarril de alta velocidad, fue estrenado por la JNR en 1964. A finales de 1987, la compañía ya había construido 4 nuevas líneas de alta velocidad.

En esa época, se decide la privatización de los ferrocarriles mediante la colocación de acciones, lo que dio un avance mas gradual sobre las empresas.

En las ciudades japonesas alejadas de la metrópolis es posible encontrar empresas privadas de prestación de servicios de pasajeros.

La separación vertical propugnada en Europa no es aplicada en Japón, quien conjuga diversos criterios, permitiendo la integración vertical siempre que se trate de corredores pequeños y que sean autosustentables económicamente<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Ver en <https://ruedaycarril.wordpress.com/2013/07/05/otros-mundos-ferroviarios-japon-i>

A mi juicio, el logro de Japón se encuentra en la visión comprensiva de la problemática del transporte en el entorno social, económico y urbanístico. No se trató de una lucha de los modos carreteros y ferroviarios, sino de su integración en el espacio urbano, promoviendo el desarrollo de comercios, servicios, escuelas, hospitales, etc.

Así, conjugan la separación vertical de infraestructura y operación de servicios, por un lado, con la creación de sociedades (públicas o privadas) a cargo de unidades de negocios sustentables; y, por otro, no dejan de estudiar el impacto de las densidades poblacionales y las conexiones del ferrocarril con otros modos de servicio en la periferia de las ciudades<sup>21</sup>.

También se destaca la política en materia de educación para generarla conciencia en el administrado de abandonar el vehículo particular prefiriendo los transportes públicos ferroviarios o de buses.

## II. Conclusiones

En estas notas pudimos ver en forma somera como se ha desarrollado el ferrocarril en el concierto internacional.

La coincidencia del nacimiento como negocio privado, por la alta rentabilidad que llevaba consigo, la luego impronta social del ferrocarril, y la aparición de aquel como servicio, en tanto a su vez se fueron construyendo ciudades y culturas lleva al Estado – cuando deja de ser un buen negocio para los privados - a adoptar un rol activo.

Las idas y vueltas de la gestión pública a lo privado, y viceversa, se van a dar en casi todos los países analizados, donde Japón, Estados Unidos y Francia, resaltan como los más estables en sus políticas públicas, en tanto la incorporación del sector

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, Tokio tiene diversas ciudades satélites que fueron creadas para reducir la densidad poblacional, tales como Yokohama, garantizándose a los pobladores la existencia de servicios ferroviarios que rápidamente los comuniquen con sus lugares de trabajo en la ciudad principal.

privado fue gradual en las empresas de servicios de pasajeros en la privatización de Japón; en Estados Unidos se mantiene desde los albores en manos de privados la explotación de las cargas transportadas, y el sector se estatizo para los servicios de pasajeros, pero con controles propios de empresas privadas, y Francia, que mantiene la presencia estatal, pero en divisiones orgánicas eficientes.

En los demás, veremos que luego de las crisis de estatización durante las dos grandes guerras y privatizaciones en los 90, la política de la separación vertical y horizontal ordena a buscar unidades de negocio sustentables.

Esto significa que hay que pensar en forma bifronte cuando del ferrocarril se trata, ya que, por un lado, es un servicio público, una necesidad pública a cubrir, pero por el otro lado, es una unidad de negocio, que debe ser eficientemente gestionada, que no puede admitir dispendio, que debe optimizar la mejor manera de sostener su explotación. Sino tarde o temprano se produce su debacle y en esto el riesgo es muy grave.

Entre estas enseñanzas, surgen preclaras las reglas de la UNION EUROPEA que ordena sanear las economías de las empresas o entidades ferroviarias, distinguir las explotaciones ya en forma vertical como horizontal, sostener la infraestructura y garantizar la seguridad en su desarrollo e incorporar el sector privado, en las áreas que permitan sumar su valor agregado, y en la medida que se sostengan las primeras reglas indicadas.

Esto es, no más privado vs público como parámetro de solución mágica. En Argentina nos sobran los motivos para no sostener ese dogma.

Ahora bien, el control y la seguridad ferroviaria se eleva como un presupuesto básico.

No podrá avanzarse en nuevos esquemas si no se adoptan reglas de control eficiente y pautas homogéneas, por todos conocidas y por todas las entidades cumplidas. Un organismo de control que asuma su rol más moderno, con la seguridad a su cargo. Este es otro de los puntos aun pendientes, que

en Argentina como todo lo que atañe a la responsabilidad ha tenido un sino trágico.

Las Agencias americanas o europeas pueden ser de ejemplo. La necesidad de una entidad autónoma, técnica y que no este a expensas de los poderes de turno también es una condición esencial y de urgente aplicación en nuestro país.

Luego de restablecida la malla ferroviaria, asegurado sus servicios, se podrá pensar en el futuro, que es la integración de las redes, el denominado “Open Access” podrá permitir explotar en forma asociada entre los diferentes actores públicos y privados y en esto la sinergia de una de las actividades respecto a las otras aparece como conveniente. Pero reitero, a ello no se llega con un sistema descalabrado, sin reglas de ordenamiento claro, con empresas – reitero – publicas y privadas eficientes.

La formula es no tener una formula dogmática.

La formula será, entonces, diseñar un sistema que primero revise los riesgos, luego ordene las actividades de infraestructura, servicios, explotaciones complementarias, urbanas, y comerciales, y que, en todos los casos, impongan buenas practicas ya para privados o públicos, ya que todos deben dar cuenta de sus actos mas allá de los negocios puntuales o de aquellos que permitan apalancar el desarrollo.

Mientras envío estas ideas para su publicación, se esta dando una pandemia, nunca vista desde la fiebre amarilla. Los sistemas ferroviarios se han ralentizado para sostener un servicio mínimo, por un lado y atender la salud publica, y por el otro lado, evitar la propagación del virus COVID – 19. El tiempo de reflexión que impone esta situación, quizás permita repensar el mejor camino, que no es la mera copia de lo que ocurre en el concierto internacional, pero por cierto, abreva en el, para mejor proyectar su solución vernácula.

Porque, el transporte ferroviario siempre se trata de una necesidad publica, de la atención del usuario, de un servicio para y por el publico. Que así sea.





# **Emergencia alimentaria y derecho humano a la alimentación. Un análisis del Programa Argentina contra el Hambre**

*Food emergency and the human right to food.  
An analysis of the Argentina Hunger Programme*

*Emergência alimentaria e direito humano  
à alimentação. Uma análise do Programa  
Argentina Contra a Fome*

*Crise alimentaire et droit humain à  
l'alimentation. Une analyse du programme  
Argentine contre la faim*

*粮食紧急情况 and 食物权 阿根廷反饥饿计划分析*

*Ana María Bonet de Viola*<sup>1</sup>

Universidad Católica de Santa Fe - Argentina

*María Eugenia Marichal*<sup>2</sup>

Universidad Nacional del Litoral - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e366>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9991-5475>

<https://orcid.org/0000-0002-4250-9337>

Recibido: 23/12/2019

Aprobado: 09/02/2020

**Resumen:** Este trabajo se propone analizar los mecanismos de articulación entre el tratamiento de la emergencia alimentaria y el derecho

<sup>1</sup> abonet@ucsf.edu.ar

<sup>2</sup> marichal@fcjs.unl.edu.ar

humano a la alimentación que presenta el PACH en el contexto del ordenamiento jurídico argentino. La concentración de la política alimentaria nacional en programas de emergencia alimentaria significa una limitación del derecho humano a la alimentación a un aspecto básico (derecho a no morir de hambre) el cual, si bien es prioritario, no aborda la cuestión alimentaria en profundidad al deslindarla de otros aspectos sistémicos como son la producción, distribución y consumo de alimentos. La complejidad que amerita el enfoque de la soberanía alimentaria propuesto en el PACH exige la articulación de ese aspecto básico con aquellos aspectos sistémicos. Ello demanda medidas integrales y a largo plazo que aborden la problemática alimentaria desde la integralidad de sus componentes como el acceso a los recursos esenciales para la alimentación.

**Palabras clave:** Emergencia Alimentaria, Derecho Humano a la Alimentación, Plan Argentina Contra el Hambre.

**Abstract:** This paper aims to analyze the mechanisms of articulation between the treatment of food emergencies and the human right to food presented by the PACH in the context of the Argentine legal system. The concentration of national food policy on emergency food programs means limiting the human right to food to a basic aspect (the right not to die of hunger) which, although a priority, does not address the food issue in depth by separating it from other systemic aspects such as the production, distribution and consumption of food. The complexity of the approach to food sovereignty proposed in the PACH requires the articulation of this basic aspect with those systemic aspects. This demands comprehensive and long-term measures that address the food problem from the integral nature of its components, such as access to essential food resources.

**Keywords:** Food Emergency, Human Right to Food, Argentine Plan Against Hunger.

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo analisar os mecanismos de articulação entre o tratamento da emergência alimentaria e o direito humano à alimentação que apresenta o Plano Argentina Contra a Fome no contexto do sistema jurídico argentino. A concentração da política nacional de alimentos em programas de emergência alimentaria significa uma limitação do direito humano à alimentação a um aspecto básico (direito

de não morrer de fome) que, embora seja uma prioridade, não aborda a questão alimentaria profundamente ao separá-la de outros aspectos sistêmicos como são a produção, distribuição e consumo de alimentos. A complexidade que merece a abordagem de soberania alimentaria proposta no Plano requer a articulação desse aspecto básico com esses aspectos sistêmicos. Isso exige medidas integrais e a longo prazo que abordem o problemática alimentaria a partir da integralidade de seus componentes, como o acesso a recursos essenciais para a alimentação.

**Palavras-chave:** Emergência Alimentaria, Direito Humano à Alimentação, Plano Argentina Contra a Fome

**Résumé:** Ce travail vise à analyser les mécanismes d'articulation entre le traitement de la crise alimentaire et le droit humain à l'alimentation que le "PACH" (Programme Argentine Contre la Faim) présente dans le contexte du système juridique argentin. La concentration de la politique alimentaire nationale dans des programmes d'urgence alimentaire implique une limitation du droit humain à l'alimentation dans un de ses aspects fondamentales (droit de ne pas mourir de faim). Cela, bien que prioritaire, n'aborde pas le problème alimentaire en profondeur en le délimitant d'autres aspects systémiques comme la production, la distribution et la consommation alimentaire. La complexité qui mérite l'approche de la souveraineté alimentaire proposée dans le PACH, exige de l'articulation de cet aspect fondamental avec ces autres aspects systémiques. Cela nécessite des mesures globales et à long terme, qui peuvent aborder le problème alimentaire en tenant compte la totalité de ses composants, comme l'accès aux ressources essentielles pour la nourriture.

**Mots clés:** Crise alimentaire, droit humain à l'alimentation, plan Argentine contre la faim.

**摘要:** 这项工作旨在分析在阿根廷法律制度的背景下，食品紧急情况处理所提出的粮食紧急情况处理与食物权之间的联系机制。国家粮食政策集中在粮食紧急计划中，意味着将食物权限制在一个基本方面（不挨饿的权利），尽管这是优先事项，但并未通过划定界限来深入解决食物问题其他系统性方面，例如食品的生产，分配和消费。提议的实现食品主权方法的复杂性要求将该基本方面与那些系统方面相结合。这就要求采取全面和长期的措施，从其组成部分的完整性来解决粮食问题，例如获得粮食必需资源。

关键词: 粮食紧急情况, 食物权, 阿根廷反饥饿计划。

---

## I. Introducción

La cuestión del acceso a los alimentos constituye una preocupación de todas las sociedades desde que éstas deben procurarse alimentos para sobrevivir (Abeyá Gilardon, 2016, p. 590; Aguirre, 2007). En Argentina pueden detectarse “experiencias en materia de asistencia alimentaria desde épocas muy tempranas” manifestadas en comedores escolares y ollas populares ya a fines del siglo XIX, siendo recién con la creación del Instituto Nacional de Nutrición a fines de la década de 1930 “que el Estado asume responsabilidad en esta materia, diseñando e implementando programas alimentarios que van evolucionando hasta generalizarse, hacia la década de 1970, la modalidad de distribución de alimentos” (Aulicino & Díaz Langou, 2012: 14)<sup>3</sup>. No es hasta diciembre de 2002, con la creación del Programa Nacional de Alimentación y Nutrición (en adelante, PNAN) que “se comienza a esbozar en el país una política alimentaria” (Aguirre, 2004, p. 85).

La relación entre los programas alimentarios y el concepto de *emergencia alimentaria* se establece - por lo menos a nivel de justificación discursiva - a partir del acaecimiento de determinadas situaciones que dificultan el acceso a los alimentos, las cuales pueden presentar características externas - vg. catástrofes naturales o sociales - o inherentes a la persona - incapacidad sea tanto psíquica como física o material (de recursos materiales o financieros) - (CDESC, 1999, 15).

---

<sup>3</sup> El mencionado Instituto tiene como antecedente al Instituto Municipal de Enfermedades de la Nutrición, creado instancias del médico Pablo Escudero. Inaugurado en 1928, funcionaba dentro del Hospital Rawson y se dedicaba al estudio y asistencia de las enfermedades de la nutrición al inicio, luego fue incluyendo además de la dimensión asistencial, aspectos biológicos, químicos, económicos y sociales. “Entre 1934 y 1938 la suerte del establecimiento despertó el interés de autoridades políticas nacionales” y en 1938 fue convertido en Instituto Nacional de la Nutrición, mediante decreto del entonces presidente A. Justo (Buschini, 2015, p. 5).

En Argentina, el abordaje político y legislativo de la cuestión del acceso a los alimentos a partir del concepto de *emergencia alimentaria* puede rastrearse a mediados de la década de 1980 y se extiende hasta la actualidad<sup>4</sup>. Esta prolongada extensión en el tiempo convoca a un replanteo del abordaje de los planes alimentarios limitado a contextos de emergencia, e incluso a un cuestionamiento más profundo acerca de los tratamientos legislativos que han recibido las situaciones calificadas como emergencias alimentarias.

La articulación entre emergencia y derecho humano a la alimentación se detecta a partir de la sanción de la citada Ley 25.724 en diciembre de 2002, la cual crea el PNAN.<sup>5</sup> Dicha norma responde explícitamente al Dec. de necesidad y urgencia N° 108 de enero de 2002. Este decreto declaraba la Emergencia Alimentaria Nacional hasta el 31 de diciembre de 2002 y ordenaba la creación del mencionado Programa destinado a la compra de alimentos, en el ámbito del entonces Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente.

La Ley 25.724 menciona explícitamente el derecho humano a la alimentación (art. 1) aunque luego no lo retoma ni lo

---

<sup>4</sup> Según Britos (2003, p. 23) la “creación del PAN en 1984 es de alguna manera el hito fundacional de la historia contemporánea de los programas alimentarios. Si bien el programa nace con carácter de emergencia y transitorio (la Ley establece dos años), continúa durante todo el mandato de Raúl Alfonsín y podríamos decir que con diferencias de nombres y modelos de gestión, continúa vigente hasta la actualidad”.

<sup>5</sup> La ley 25.724 resultó del debate que se originó “en la opinión pública y algunas instituciones, oficiales y de la sociedad civil respecto de las políticas alimentarias” que requería la Argentina de entonces, en un contexto de marcada crisis económica y consecuente hambre en amplios sectores de la población (Britos et al, 2003, p. 35). El proyecto de ley se basó en una propuesta técnica realizada por el Grupo Sophia en conjunto con Poder Ciudadano y Red Solidaria, denominada “El Hambre más urgente”, acompañada por una campaña del diario La Nación para reunir firmas y lograr el estatus de iniciativa popular (art. 39 CN). En julio de 2002 el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales realizó “un Foro para un Plan Nacional de Alimentación y Nutrición, con la participación de 300 técnicos de organismos gubernamentales, legisladores, investigadores de universidades y centros de investigación, y miembros de organizaciones no gubernamentales” (Abeyá Gilardón, 2016, p. 597) cuyas conclusiones moldearon el texto luego promulgado en 2003.

desarrolla.<sup>6</sup> Si bien se reconoce el derecho de toda la ciudadanía a la alimentación, las medidas planteadas se limitan a un sector de la población considerado más vulnerable.

Aunque la incorporación de la perspectiva de los derechos humanos al tratamiento de la problemática del acceso a los alimentos representa una revisión del rol del Estado como agente principal en la gestión estratégica de medidas de garantías de los derechos humanos, su restricción a la situación de emergencia y al concepto de seguridad alimentaria, en la práctica limita el tratamiento de la cuestión alimentaria a un nivel básico de satisfacción de necesidades calóricas mínimas.

El concepto de seguridad alimentaria significa una ampliación del derecho a la alimentación respecto de su abordaje como acceso a un mínimo de calorías, al incorporar la idea de una alimentación adecuada en relación con los nutrientes necesarios para llevar adelante una vida sana y activa.<sup>7</sup> Sin embargo, la seguridad alimentaria no aborda la cuestión del control de los recursos, ni de los aspectos culturales y sociales de la alimentación.

La reciente Ley 27.519/19, que extiende la declaración de emergencia alimentaria de 2002 hasta 2022, retoma la perspectiva del derecho humano a la alimentación en relación a la problemática alimentaria. En el marco de esta última ley de 2019, se dicta la resolución 8/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, mediante la cual se crea el Plan Argentina Contra el Hambre (en adelante, PACH). Este Plan se apoya en el ya existente PNAN (Ley 25.724/02) y sobre todo otro programa institucional que

---

<sup>6</sup> Anteriormente el derecho a la alimentación se encontraba incorporado en el ordenamiento a partir de la recepción del PDESC en el Art. 75 inc. 22 de la CN. (Art. 11).

<sup>7</sup> Según el informe de la Cumbre de la FAO sobre alimentación del año 1996 existe seguridad alimentaria *“cuando todas las personas tienen acceso en todo momento a alimentos suficientes, seguros y nutritivos para cubrir sus necesidades nutricionales y las preferencias culturales para una vida sana y activa”*. Este concepto fue acuñado en 1973 para redireccionar los objetivos de la FAO, luego de dar por cumplidos aquellos por los que fue instituida en la posguerra, extendiendo su objetivo de lucha contra el hambre de Europa a todo el mundo (Cartwright Traylor, 1988, p. 187).

lo complemente o tenga por fin dar respuesta a la cuestión alimentaria.

El presente trabajo se propone analizar los mecanismos de articulación entre el tratamiento de la emergencia alimentaria y el derecho humano a la alimentación que presenta el PACH. El análisis pretende señalar posibilidades de desarrollo del plan mediante sus vinculaciones (o ausencias de ellas) con otras normas existentes en el ordenamiento jurídico argentino vigente. Se parte de la siguiente hipótesis: la concentración de la política alimentaria nacional en programas de emergencia alimentaria significa una limitación del derecho humano a la alimentación a un aspecto básico (derecho a no morir de hambre) el cual, si bien es prioritario, no aborda la cuestión alimentaria en profundidad al deslindarla de otros aspectos sistémicos como son la producción, elaboración, distribución, venta y consumo de alimentos.

## **II. Los niveles de protección del Derecho Humano a la alimentación**

El derecho humano a la alimentación presenta dos niveles de protección que se encuentran consagrados respectivamente en los párrafos uno y dos del Artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC). El primer párrafo refiere al derecho a la alimentación adecuada como parte del derecho a un nivel de vida digno. El segundo párrafo, en cambio, refiere a un nivel mucho más básico y primario de la alimentación que es el derecho a estar protegido contra el hambre, lo cual constituye además un presupuesto de cualquier alimentación adecuada.

Este nivel referente al hambre postula un derecho tan elemental que el PDESC lo califica como *fundamental*, siendo el único derecho en todo el Pacto que posee este calificativo. Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) como el PDESC recogen por única vez a este adjetivo en el artículo 5.2. refiriéndose a “los derechos fundamentales reconocidos en

los Pactos”. Pero lo hacen de manera genérica, en un sentido amplio, para abarcar a todos los derechos humanos. En cambio, el único derecho calificado individualmente como *fundamental* en ambos pactos es este segundo nivel del derecho humano a la alimentación en relación al hambre.<sup>8</sup> Esta referencia a una fundamentalidad denota una urgencia particular que vuelve a este primer nivel ineludible, apremiante.

El derecho a estar protegido contra el hambre se satisface a través del acceso efectivo a alimentos que cubran un mínimo de calorías necesarias. En cambio, el derecho a la alimentación en su nivel más complejo, en tanto alimentación adecuada, hace referencia a un aspecto más integral y dinámico, que abarca elementos culturales y sanitarios y debe ser interpretado en el marco del derecho a un nivel de vida digno (Craven, 1995, p. 205; Haugen, 2007, p. 120). El derecho a una alimentación adecuada, en el sentido que le otorga FAO al concepto de seguridad alimentaria, implica el acceso a alimentos que permitan llevar adelante una vida activa y saludable. Esto hace referencia no sólo a las calorías sino también a los nutrientes y la calidad de los alimentos (CDESC, 1999, n. 6).

Un replanteo incluso de este segundo nivel se propone desde la perspectiva de la soberanía alimentaria. Este concepto refiere no sólo a la importancia del acceso, sino también del control de los recursos esenciales para la alimentación así como del proceso de producción de los alimentos, aspectos que hacen a la autonomía de los individuos y los pueblos en las decisiones vinculadas a su alimentación. Ello implica la promoción de las capacidades locales de autoabastecimiento, respeto a las formas locales de producción y consumo, así como a las costumbres y necesidades alimentarias (Quintana, 2008, p. 6).

Esta perspectiva se encontraba ya esbozada en el punto a) del segundo inciso del artículo 11 del PDESC, que relaciona la

---

<sup>8</sup> Este párrafo fue incorporado a propuesta de la FAO, que en 1963 lo presentó como parte de una campaña contra el hambre. Cf. Breining-Kaufmann, 1991, p. 62.



realización del derecho humano a la alimentación con la mejora de los métodos de producción, conservación y distribución de los alimentos. Sin embargo, el surgimiento del concepto de la soberanía alimentaria significó un movimiento del foco de la problemática desde la lucha contra el hambre hacia la lucha por una gestión colectiva recursos esenciales para la alimentación.

El enfoque de la soberanía alimentaria no sólo vino a complejizar y complementar el concepto de derecho humano a la alimentación, sino que aportó un disparador fundamental para un nuevo abordaje. El problema de la alimentación tiene que ver con una cuestión sistémica que abarca no sólo el acceso a los alimentos sino también la producción y el comercio, incluyendo el control y el dominio sobre los recursos esenciales para la alimentación.<sup>9</sup>

En este sentido, la perspectiva de la soberanía alimentaria pone en cuestión el abordaje lineal que venía gobernando las medidas de garantía del derecho a la alimentación. Estos abordajes lineales, que hacen referencia a una gradualidad o secuencialidad de las acciones, vienen justificando las medidas paliativas contra el hambre como “primera instancia” para luego afrontar otros niveles considerados más complejos de la problemática alimentaria.

### **III. Los niveles de protección en el PACH**

El objetivo del PACH de abordar el problema de la alimentación desde un enfoque de los derechos humanos es explícito, así como el encuadre de este derecho desde la perspectiva de la soberanía alimentaria. Ello es reiteradamente enunciado en los considerandos y en los objetivos del Plan. El nivel de

---

<sup>9</sup> El concepto de soberanía alimentaria es postulado por La Vía Campesina - el principal gremio campesino a nivel global - como alternativa al concepto de seguridad alimentaria propuesto en la cumbre alimentaria de la FAO, poniendo el énfasis en la importancia del control sobre los recursos, en la participación y en la gestión de toda la cadena alimentaria, así como también en la importancia de las tradiciones campesinas para el sostenimiento de un modelo agroalimentario a largo plazo. Cf. Bonet de Viola, 2014.

articulación entre esta perspectiva, los componentes del Plan y los medios dispuestos para su implementación, es una cuestión que sólo podrá ser posteriormente analizada, una vez puesto en marcha. Por ello el presente análisis se limita a indagar tal articulación a nivel jurídico normativo.

El PACH es detallado en un Anexo a la resolución 8/2020 del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Luego de describir sus fundamentos (introducción), objetivos general (I) y específicos (II), destinatarios (III) y modelo de gestión (IV), presenta en cinco componentes (incisos del punto V), las medidas concretas para su implementación, para finalmente bosquejar la modalidad de ejecución (VI). Los cinco componentes del PACH consisten en: A) Seguridad Alimentaria; B) Asistencia alimentaria en situaciones críticas o de emergencia; C) Apoyo a la producción y comercialización de alimentos; D) Fortalecimiento de redes comunitarias; E) Monitoreo y Evaluación.<sup>10</sup>

A continuación, se presentan las vinculaciones entre los niveles de protección del derecho humano a la alimentación y estos componentes, poniendo de relieve las tensiones, limitaciones y potencialidades del Plan. Este análisis se apoya en un relevamiento del conjunto normativo que contiene los diferentes programas alimentarios de las últimas cuatro décadas. La recuperación de estos textos permite observar ciertas lógicas normativas que los atraviesan y los limitan en sus alcances, lógicas regulatorias de las cuales el PACH es heredero.

---

<sup>10</sup> Una de las grandes falencias señaladas en los planes alimentarios en Argentina fue su nula o deficiente evaluación (Abeyá Gilardon, 2016; Britos et al, 2003). El PACH incluye este aspecto como un componente, promoviendo para ello la aplicación de las ciencias y tecnologías. En este sentido, se lanzó una convocatoria a investigadores y tecnólogos para participar en el plan “Argentina contra el Hambre” lanzada en enero de 2020 desde el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la Nación, en conjunto con el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales. En una primera instancia, se trata de reunir los resultados (parciales o finales) de proyectos y/o desarrollos tecnológicos y sociales “en problemáticas vinculadas con las acciones comprendidas en el mencionado Plan, para que sean incorporados al diseño de las políticas públicas en el corto plazo”, a partir de su presentación voluntaria mediante un formulario. De: <https://www.conicet.gov.ar/la-ciencia-y-la-tecnologia-se-suman-a-la-lucha-contra-el-hambre/>

En el primer apartado se analiza el nivel más básico del derecho humano a la alimentación y la lógica de linealidad que éste adquiere en su expresión normativa. En el segundo, se muestran otras lógicas más integrales de abordaje del derecho humano a la alimentación, las cuales aparecen también - pero en menor medida - en los textos normativos en relación al segundo nivel.

### ***III.1. Seguridad alimentaria: entre la linealidad subyacente y la declaración de emergencia***

La lógica de la linealidad que subyace a los programas de asistencia alimentaria se encuentra expresamente enunciada en los considerandos de la norma que a fines de 1980 crea el Bono Nacional Solidario de Emergencia (Dec. 400/89), uno de los tantos programas que el Poder Ejecutivo nacional diseñó para afrontar la problemática alimentaria. Se establece allí que “frente a la muerte de niños y la posibilidad de una hambruna generalizada, la sociedad organizada jurídicamente en el Estado no puede permanecer ajena y debe reconocerle al tema la prioridad que se merece, canalizando sus recursos en forma tal que se logre *una solución temporal primero, y definitiva después*, a través de la Revolución Productiva y la reforma social”.

Este enfoque secuencialista, es de algún modo continuado en la Ley 25.724/2002 que crea el PNAN, en un contexto de declarada emergencia alimentaria (DNU 108/2002). Si bien cabe reconocer a esta norma el haber incorporado expresamente el derecho humano a la alimentación como fundamento para el tratamiento de la cuestión alimentaria, todavía lo hace enfocada en el primer nivel de este derecho humano (es decir, el referido al hambre) y limitando sus medidas a una parte de la población. Su decreto reglamentario (Dec. 1018/2003) considera que el PNAN “si bien surge para atender la *situación de emergencia alimentaria* de los sectores de la población más afectados, debería *trascenderla* y propender a elevar la calidad de vida de toda la población mediante el mejoramiento de su salud y

nutrición, *en el mediano y largo plazo*” (considerandos del Dec. 1018/03).

Esta lógica gradualista se vuelve a reflejar en la falta de articulación entre los componentes A y B del PACH. Los incisos A y B reproducen las estrategias de los anteriores tratamientos de emergencia alimentaria<sup>11</sup>: la ayuda alimentaria se traduce en el reparto de prestaciones alimentarias.

El inciso A, bajo el título de ‘Seguridad Alimentaria’, se ocupa principalmente del aspecto de la accesibilidad física o económica del derecho humano a la alimentación al incluir tres medidas: 1. tarjeta alimentar, 2. prestaciones para comedores escolares y 3. prestaciones para merenderos y comedores comunitarios.

Es de resaltar la apelación al concepto de seguridad alimentaria en relación con la entrega de alimentos. Debe recordarse que, a los fines de cumplir con los postulados de este concepto (según la definición de FAO) la entrega de alimentos debería ‘incluir todos los nutrientes necesarios para llevar adelante una vida sana y activa’. Una de las críticas a estos mecanismos directos reside en la falta de diversidad alimentaria y de micronutrientes en sus ofertas, sobre todo de parte de quienes afirman que incluso contando con los mismos recursos podría ofrecerse una alimentación de mejor calidad (O’Donnell y Britos, 2002; Abeyá Gilardón, 2016; Borrás y García, 2013).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Para un análisis de los planes y programas alimentarios en Argentina, se pueden consultar, entre otros: Abeyá Gilardón (2016), Borrás & García (2013), Britos et al. (2003), Maceira & Stechina (2011), Sordini (2014), Teubal & Palmisano (2013), Aulicino & Díaz Langou (2012).

<sup>12</sup> Durante los ‘90 “antes que programas de cobertura universal que atacaran las causas de la pobreza, se propiciaron programas focalizados apuntados a compensar las “faltas” (en nuestro caso el consumo) de los que quedaban fuera del mercado. Se propició la transferencia hacia los privados de los servicios para la población que pudiera pagarlos, mientras el Estado se reservaba la atención de los indigentes... Por otra parte, la insistencia en la ineficacia del Estado como administrador de la asistencia propició una gestión tercerizada (cuya eficiencia también está en duda) con programas contratados directamente con ONGs (civiles y confesionales) y organismos internacionales (...). Desde el punto de vista alimentario, entonces, tanto el mercado por la reducción de la capacidad de compra, como el Estado por la contracción e ideología en la inversión del gasto público y la negativa para intervenir

Esta asociación de la seguridad alimentaria con entrega de alimentos o dinero para su adquisición es uno de los principales puntos de crítica que la perspectiva de la soberanía alimentaria dirige al enfoque de la seguridad alimentaria (Vía Campesina, 2017). Se ha cuestionado que la noción de seguridad alimentaria puede coexistir con formas asistencialistas funcionales a un sistema de dominación y explotación monopolizada de los recursos esenciales para la alimentación (Shiva, 2003). Ello argumentado con discursos de solidaridad y beneficencia que terminan reforzando el sistema de jerarquías al cronificar situaciones de empobrecimiento y vulnerabilidad.

Antecedentes de la apelación a la solidaridad y el trabajo voluntario pueden rastrearse en las fundamentaciones de programas alimentarios anteriores. La Ley 23.056/84 que estableció el Programa Alimentario Nacional (en adelante, PAN) ordenaba que su aplicación debía “fomentar y orientar la solidaridad social, la donación de bienes y servicios del trabajo voluntario mediante la participación comunitaria y la difusión de los objetivos y contenidos” del mismo (art. 8).<sup>13</sup> Más tarde, el *Bono Nacional Solidario de Emergencia* (Dec. 400/89) cuya fundamentación menciona las críticas al PAN, apela a la necesidad de “obviarse mecanismos burocráticos ineficientes y activar los resortes sociales derivados del principio de solidaridad”. Con este argumento, el PEN resuelve implementar “sin ningún tipo de demoras un sistema que reúna las características de sencillez, eficacia y economía de costos”, financiado con recursos genuinos y “los aportes solidarios de ciudadanos y entidades diversas” (considerandos del Dec. PEN 400/89)<sup>14</sup>. Se establecía

---

en el mercado, contribuyeron a hacer más restringido el acceso a la alimentación de un creciente contingente de personas” (Aguirre, 2005, p. 6).

<sup>13</sup> Una de las tres funciones a cargo la Comisión ejecutiva que administraba el PAN era “estimular la participación comunitaria y canalizar la solidaridad social para el desarrollo del programa” (art. 4).

<sup>14</sup> Mediante este decreto se crea un Consejo Nacional para la Emergencia Alimentaria, presidido por el Ministerio de Salud y Acción Social y compuesto por los Ministros del Interior, y de Trabajo y Seguridad Social, un representante de las Fuerzas Armadas, un

incluso la posibilidad de invitar a los beneficiarios del régimen a prestar “su colaboración gratuita y solidaria para ayudar en la realización de tareas de interés comunitario” (art. 10).

El cuestionamiento de la apelación a la solidaridad frente a la situación de emergencia no apunta a la (noble, por cierto) iniciativa individual o colectiva frente a la calamidad ajena, sino a su institucionalización como parte de una política pública frente a una problemática tan compleja como la alimentación. Esta institucionalización de la solidaridad es funcional a un modelo asistencialista que no logra superar la lógica de linealidad.

Este esquema asistencialista se reproduce en el componente B del PACH (destinado a la ‘Asistencia alimentaria en situaciones críticas y/o de emergencia’) que refiere al reparto de prestaciones alimentarias en forma directa o a través de organismos gubernamentales o no gubernamentales. A través de la entrega de lotes de alimentos a la población en situación de vulnerabilidad y urgencia, este componente responde directamente al primer nivel del derecho humano a la alimentación, constituyéndose en el principal exponente del abordaje lineal de la emergencia alimentaria en el Plan.

Estas medidas se asumen como *políticas de emergencia* pretendiendo atender a la urgencia que denota la fundamentalidad del derecho a la alimentación referido al hambre. De allí viene fundamentada la inmediatez y la consecuente necesidad de medidas inmediatas, a corto plazo y focalizadas en la población vulnerable. Es así que el enfoque de emergencia habilita el tratamiento de la problemática alimentaria como una cuestión coyuntural, paliativa.

---

representante de la Iglesia Católica, un representante de la Confederación General del Trabajo y un representante de las organizaciones empresarias de la industria y el comercio. Tenía por función la promoción de “la movilización solidaria para la recaudación de fondos” y la auditoría de la aplicación de estos fondos a los programas de emergencia social (art. 3). En el orden provincial y municipal se debían constituir este tipo de Consejos de Emergencia, replicando el esquema de composición. Los consejos locales tendrían a su cargo la dirección y fiscalización en sus jurisdicciones el cumplimiento de los objetivos del sistema.

En la experiencia argentina, esto se viene reflejando en el lanzamiento de programas alimentarios dictados en el marco de declaraciones de *emergencia*. La actual declaración de “emergencia alimentaria” puede reconstruirse jurídicamente en una cadena normativa que va desde el decreto de necesidad y urgencia 108/2002 a la Ley 27.519 de 2019. Es decir, según la propia resolución ministerial que establece el PACH, la extensión temporal de la emergencia alimentaria es de veinte años. Esto habilita el interrogante acerca de si el lapso de veinte años puede calificar como situación de excepción o se trata de un emergente sistémico que requiere una revisión profunda del sistema de producción, elaboración, distribución, venta, publicidad y consumo de los alimentos.

La limitación de los tratamientos de emergencia a medidas cortoplacistas y destinadas a la población vulnerable se puede observar en casi toda la regulación de los programas alimentarios argentinos anteriores al PACH que se enfocan en el suministro directo de alimentos y la entrega condicionada de dinero principalmente a los grupos más afectados (Maceira, 2010). Así, el PAN (Ley 23.056/84) justificaba la delegación de facultades al poder ejecutivo nacional para su realización en la “crítica situación de deficiencia alimentaria aguda de la población más vulnerable y de pobreza extrema” (art. 1).

En contexto de hiperinflación, el decreto 400/89 (*Bono Nacional Solidario de Emergencia*) se dicta considerando que la tasa de desocupación era “la más alta de los últimos cincuenta años” y gran parte de la población estaba “sumida en la miseria que implica no alcanzar los mínimos necesarios para la subsistencia”. Así, las medidas dispuestas debían regir “de inmediato puesto que no se puede eludir la toma de decisiones cuando se está frente a la degradación impuesta por la miseria y cuando el hambre amenaza a millares de compatriotas”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A diferencia del PAN, este Decreto se dictó (el 1/8/1989) sin una previa ley que le delegara las competencias reglamentarias, invocando las facultades emergentes por el artículo 86, inciso 1, de la Constitución Nacional por entonces vigentes. A poco tiempo se

En el 2000, reconociendo que para entonces la “superposición de programas, la duplicación de esfuerzos y los altos costos operativos, no garantizan en forma suficiente el complemento alimentario a la población en situación de pobreza crítica” y que era “prioritario establecer un sistema de seguridad alimentaria para los sectores más vulnerables del país”, se crea el Sistema Alimentario Federal (Dec. PEN 547/2000) que integraba los programas existentes. Este Sistema fue dejado sin efecto dos años más tarde (Dec. 328/2002), invocando “las limitaciones presupuestarias y financieras existentes” y la necesidad de “optimizar los escasos recursos disponibles, y no superponer acciones programáticas”<sup>16</sup>.

La principal dificultad que presenta la vinculación de la cuestión del hambre con el contexto de emergencia consiste en la limitación de las acciones a paliativos, obstaculizando la mirada a largo que requieren las medidas integrales. Las estrategias de emergencia suelen obviar las múltiples facetas que abarca la problemática de la alimentación en su complejidad, incluyendo la llamada “doble carga” de la malnutrición (Fanzo, 2016).<sup>17</sup> Ésta exige ser abordada como un problema sanitario vinculado con el consumo de productos alimenticios ultraprocesados (Barruti, 2013). Ello implica a su vez comprender las conexiones de este consumo con la homogeneización y estandarización de la alimentación en un contexto de comercio global (Fischler,

---

sancionaron dos leyes relacionadas: la Ley 23740 (del 28 de septiembre de 1989) que creaba el Programa de Emergencia Social, estableciendo una “contribución solidaria” (un impuesto) para su financiamiento y la Ley 23767 (del 27 de diciembre de 1989) que implementa un Programa de Políticas Sociales Comunitarias (POSOCO) “destinado a atender las necesidades alimentarias, sanitarias, asistenciales, habitacionales y/o locativas de los sectores sociales más carenciados del país”.

<sup>16</sup> Al discontinuar el Sistema Alimentario Federal, se deja sin efecto el Programa de Apoyo Familiar Unidos (Decreto PEN N° 547/2000) pero se exceptúa de esa derogación general al Pro-Huerta, que continuaba funcionando en la órbita del INTA.

<sup>17</sup> La noción de malnutrición incluye no solo el problema de la desnutrición, sino la también del sobrepeso, que involucra una serie de enfermedades no transmisibles derivadas de una alimentación deficiente (diabetes, obesidad, hipertensión y demás problemas circulatorios y cardíacos).



2010), la desmaterialización de los sistema alimentarios (Filardi y Prato, 2018), las agresivas estrategias de publicidad de estos alimentos (Nestle, 2007), las largas cadenas de intermediarios y la hegemonía del supermercado y las corporaciones que los monopolizan (Teubal & Rodríguez, 2002).

Por su parte, mecanismos paliativos como la entrega de tarjetas alimentarias o entrega directa de alimentos, a la vez que contribuyen a la estigmatización de sus usuarios (Pomar y Tendero, 2016, p. 40) invisibilizan aspectos culturales de la alimentación, como la comensalidad y los hábitos alimentarios, reforzando los inequitativos patrones alimentarios preexistentes (Borrás y García, 2013).

Por todo ello, la coyunturalidad de las respuestas que los componentes A y B ofrecen pueden entrar en conflicto con la integralidad del abordaje que promete el PACH en sus considerandos iniciales. La principal dificultad reside en considerar las medidas para combatir el hambre como un “primer paso” para la resolución del problema alimentario. En la medida en que este primer paso esté compuesto por acciones asistencialistas que cronifican las situaciones de empobrecimiento y dependencia (Pomar y Tendero, 2016, p. 40) sólo se refuerza un sistema de producción y un mercado globalizado de industrias alimentarias concentradas (Teubal y Palmisano, 2013) contribuyendo a perpetuar el sistema de apropiación y gestión de los recursos en el cual reside el propio problema.

### ***III.2. Hacia la autoproducción y la soberanía alimentaria***

El PACH incorpora la perspectiva de la soberanía alimentaria, aunque en forma algo inarticulada y a partir de una definición de fuente extranjera, lo cual demuestra cierta desatención del origen del término y la producción local de conocimientos sobre la cuestión.<sup>18</sup> De cualquier manera el texto de la norma

---

<sup>18</sup> Concretamente la Resolución cita (nota al pie núm. 5) como fuente de referencia del concepto de Soberanía alimentaria un texto en inglés obtenido desde la web de una Fundación

refiere acertadamente, ya en sus considerandos, a la importancia de un enfoque integral de la problemática alimentaria, al vincularlo a soberanía alimentaria y otras dimensiones como la economía, el cuidado, la salud y la educación.

La centralidad que procura darse al enfoque de la soberanía alimentaria puede desprenderse de su incorporación en el objetivo general del PACH. Esta centralidad se replica en los objetivos específicos relativos a la “participación de las familias y las comunidades en la producción de alimentos a fin de diversificar y mejorar sus consumos en pos de una alimentación saludable”, la promoción de “sistemas de producción de alimentos a través del fortalecimiento de la economía solidaria, social y popular, el cooperativismo y la agricultura familiar” (punto II del Anexo, Res. 8/2020).

Este enfoque es retomado en los componentes C y D del PACH. En sintonía con los considerandos y objetivos, estos componentes refieren a aspectos más complejos de la alimentación que los anteriores (A y B).<sup>19</sup> El principal potencial de este Plan reside en esta atención a la complejidad que amerita la implementación del derecho humano a una alimentación adecuada. Sin embargo, quedará por ver el grado de traducción de tal

---

Canadiense. Teniendo en cuenta que el concepto surge de la organización “La Vía Campesina”, una referencia a los textos provenientes de ésta hubiera sido preferible. También existen textos de investigadores locales que dan cuenta del tema desde una perspectiva más cercana a la realidad argentina, así como la producción de movimientos sociales. En este último sentido, se recupera la documentación producida en el marco del el Primer Foro por un Programa Agrario Soberano y Popular Buenos Aires, realizado 7 y 8 de mayo de 2019 en Buenos Aires. Disponible en: <http://foroagrario.org/documentos/>

<sup>19</sup> Según consta en el apartado V del Anexo de la Res. Min. DS 8/2020: “*C. apoyo a la producción y comercialización de alimentos*: El objetivo de este componente es favorecer la producción y comercialización de alimentos de la economía solidaria, social y popular, el cooperativismo y la agricultura familiar. Este componente incluye: 1. Creación y fortalecimiento de mercados populares. 2. Financiamiento a productores de la economía solidaria, social y popular. 3. Apoyo a la producción de la agricultura familiar. *D. Fortalecimiento de redes comunitarias*: El objetivo de este componente es fortalecer las redes de actores comunitarios para que operen de manera integrada en el fortalecimiento de las familias en el cuidado de la primera infancia, la seguridad alimentaria, la salud y la educación”.

integralidad en la articulación efectiva que tengan en su implementación los diversos componentes del PACH como medidas de garantía del derecho humano a la alimentación.

La articulación entre las medidas relativas al primer nivel de protección del derecho a la alimentación (lucha contra el hambre) y la producción y comercialización de los alimentos, encuentra pocos antecedentes en la normativa de emergencia alimentaria previa. En la Ley 23.056/86 que creó el PAN, pueden encontrarse referencias significativas. Se establecía allí que se debía dar “prioridad a los productos regionales, que se adecuen al Programa Alimentario Nacional y su producción sea local” (art. 11, inc. a) en los mecanismos de producción, compra y distribución de alimentos para el programa y se debía propiciar “el estímulo de la alimentación natural” y promover la lactancia materna (art. 11, inc. d). Sin embargo, a juzgar por críticas posteriores, estos propósitos del PAN no fueron alcanzados<sup>20</sup>.

En relación a la implementación de acciones por la soberanía alimentaria, es de destacar el programa Pro Huerta, tanto por sus medidas como por su estabilidad en el tiempo. Este programa fue aprobado por Res. N° 239/90 INTA, más tarde integrado como componente del PNSA, en el marco de la Ley N° 25.724/02. Se trata de un programa del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (organismo perteneciente al Ministerio de Agricultura), en vinculación con el Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Está destinado al “impulso productivo a través de la implementación de huertas que por medio de la entrega de insumos agropecuarios, herramientas, capacitaciones y asesoramiento busca apoyar la producción de frutas y

---

<sup>20</sup> El PAN se caracterizaba por el reparto de alimentos secos. Según Britos (2003, p. 23), “pocos programas tuvieron una administración tan centralizada como el PAN. El Gobierno Nacional, por medio de la ex Junta Nacional de Granos, adquiría los alimentos que se embalaban en dos plantas, una en Buenos Aires y la otra en Entre Ríos para ser distribuidas a todas las provincias. (...) El PAN resultó un programa básicamente asistencialista, cuestionado en reiteradas ocasiones por su uso clientelar y prácticas poco transparentes en los procesos de adquisición de alimentos”.

verduras” y también promueve la comercialización de la producción. Tiene como destinatarios a la población en situación de vulnerabilidad: niños en escuelas de áreas críticas, con prioridad de aquéllas con comedor escolar o en áreas económicamente deprimidas, marginales o rurales dispersas, con una cobertura geográfica urbana y rural<sup>21</sup>. Puede considerarse que en sus treinta años de existencia, este programa ha cumplido un rol central en el desarrollo de capacidades de las poblaciones destinatarias así como en la promoción de la agroecología, en la medida que fue “rápida y crecientemente apropiado por el conjunto de actores implicados (Huerteros, promotores, técnicos e instituciones vinculadas) y se constituyó en una experiencia a gran escala de desarrollo de capacidades sociorganizativas y productivas, atravesadas a su vez por los valores de la solidaridad y la cooperación” (Cittadini, 2014, p. 122).

En la Ley 25.724/02, que crea el PNSN, se detectan algunas referencias indirectas a estos aspectos. Esta norma ordenaba la creación de una red de comisiones de nutrición y alimentación (una nacional y una serie de comisiones provinciales y municipales similares) para la coordinación del programa (art. 4). Según el texto de esta ley, las comisiones provinciales tienen, entre otras funciones, las de “estimular el desarrollo de la producción alimentaria regional a fin de abastecer de los insumos necesarios a los programas de asistencia alimentaria locales, respetando y revalorizando la identidad cultural y las estrategias de consumo locales” (art. 7 inc. d); “impulsar la generación de políticas de abastecimiento alimentario en los niveles locales a fin de garantizar la accesibilidad de toda la población, especialmente a los grupos mencionados en el artículo 1° y promover la creación de centros de provisión y compra regionales (art. 7 inc. e); “promover la organización de redes sociales

---

<sup>21</sup> De: <https://plataformacelac.org/programa/283> El programa se apoyó en alianzas con ONGs que anteriormente desarrollaban este tipo de acciones en diferentes territorios, colaborando para que éstas puedan acceder no solo a capacitación en una metodología de trabajo eficiente sino también a recursos materiales.

posibilitando el intercambio dinámico entre sus integrantes y con los de otros grupos sociales, potenciando los recursos que poseen” (art. 7 inc. f). No obstante, como se explicará en el punto siguiente, no hay registro de funcionamiento alguno de esta red de coordinación interjurisdiccional de las comisiones de alimentación y nutrición del PNSA.

Más recientemente, puede rastrearse una regulación de la producción de alimentos directamente vinculada con la noción de Soberanía Alimentaria en la Ley 27.118/2014 de Agricultura Familiar. Esta ley declara de interés público la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena y crea un Régimen de Reparación Histórica. Esta ley contiene, entre otras, medidas para el “acceso a la tierra para la agricultura familiar, campesina e indígena, considerando la tierra como un bien social” (art. 15); crea un Banco de Tierras para la Agricultura Familiar (art. 16); arbitra su forma de adjudicación (art. 17) y establece un programa para la regularización dominial de tierras de la agricultura familiar, campesina e indígena (art. 18). Sin embargo, esta norma no fue aún reglamentada, no pudiéndose a implementar en consecuencia tales medidas.<sup>22</sup>

Es decir, los antecedentes normativos vienen demostrando que la sola incorporación de perspectivas vinculadas a la soberanía alimentaria en los textos legales no garantiza la traducción de esas intenciones en medidas concretas que la implementen, en el sentido de avanzar hacia la garantía del derecho humano a la alimentación. La perspectiva de la soberanía alimentaria exige una visión sistémica que no puede restringirse a medidas aisladas.

---

<sup>22</sup> También ordena a la autoridad de aplicación (El Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, art. 9) impulsar la realización de ferias locales, la promoción de marcas comerciales, de mecanismos de certificación, la compra bajo “prioridad absoluta en la contrataciones directas que realice el Estado nacional para la provisión de alimentos” (art. 22). Dispone reglas sobre desarrollo tecnológico, asistencia técnica e investigación (arts. 23 a 26), infraestructura y equipamientos rurales (arts. 29 y 30) y crea diversos instrumentos de promoción vinculados a sanidad agropecuaria, beneficios impositivos, régimen previsional especial, certificaciones, seguro integral para la agricultura familiar y créditos (art. 32).

#### **IV. Observaciones de técnica legislativa y legitimidad democrática**

La desarticulación sustantiva entre la lógica sistémica que exige la perspectiva de la soberanía alimentaria y la coyunturalidad propia de los mecanismos de emergencia que se encuentra en el PACH, se refleja también en las cuestiones procedimentales relativas a la técnica jurídica utilizada. En efecto, la complejidad e integralidad que implican los postulados de la soberanía alimentaria entran en contradicción con el carácter acotado del ámbito de competencia formal del Plan regulado en una única órbita ministerial. Es decir, la expresa aspiración del PACH de convertir la lucha contra el hambre en ‘política de estado’ no se condice con la jerarquía normativa del dispositivo jurídico por el cual éste se instrumenta, verbigracia un anexo a una resolución ministerial del área de Desarrollo Social.

Si bien en principio no es plausible que un Ministro ejerza potestades reglamentarias (es decir, el dictado de normas generales y abstractas) se reconoce que, más allá del art. 103 de la Constitución nacional<sup>23</sup> “existe un fenómeno de dispersión subjetiva de la potestad regulatoria reglamentaria en los Ministros y demás órganos inferiores de la Administración” (Balbín, 2015, p. 163). La fuente normativa de estas resoluciones que exceden las cuestiones económicas y administrativas del propio Ministerio (como parece ser el caso del instrumento normativo que contiene el PACH) emanaría de la competencia derivada por transferencia mediante normas específicas.

En el caso de la resolución Ministerial 8/2020, esta transferencia opera por delegación o desconcentración de poder reglamentario del presidente según Ley de Ministerios Nº 22.520/81 que atribuye al Ministerio de Desarrollo social la competencia

---

<sup>23</sup> Según el artículo 103 de la Constitución Nacional (CN) “los Ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos”.

para la asistencia de los sectores más vulnerables.<sup>24</sup> Esta competencia es reforzada en la referencia que los fundamentos de la propia resolución hacen a la situación de emergencia, particularmente en relación con la Ley de Emergencia Alimentaria N° 27.519/19.<sup>25</sup> Es decir, la habilitación de la competencia del Ministerio de Desarrollo Social en la problemática alimentaria se fundamenta en la situación de emergencia y su vinculación con la población vulnerable.

Ello sin embargo encuentra cierta contradicción en las sucesivas reiteraciones de los considerandos de la propia resolución 8/2020 respecto de la necesidad de “políticas y estrategias” que sean “integrales y transversales”, basadas “en un enfoque interdisciplinario garantizando la coordinación interjurisdiccional e intersectorial de diversos organismos y niveles del Estado” y la sociedad civil. Expresamente se reconoce que “resulta necesario implementar acciones que, con la participación de los distintos actores de la sociedad, nos permitan dar respuesta a las demandas de la *población destinataria de las políticas* de Estado que se llevan a cabo en cumplimiento *de las competencias de esta Cartera Ministerial*”. Si la ‘población destinataria’ de las políticas que hacen a las competencias de esa cartera se reduce a ‘los

---

<sup>24</sup> Esto se explica en los considerandos de la Res. que invocan la distribución de competencias de la Ley de Ministerios N° 22.520 y sus normas modificatorias y complementarias. Según esta última, “compete al Ministerio de Desarrollo Social asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros en todo lo inherente a la política social orientada a la asistencia, promoción, cuidados e inclusión social, desarrollo humano, seguridad alimentaria, reducción de la pobreza, y desarrollo de igualdad de oportunidades para los *sectores más vulnerables*, en particular para las personas con discapacidad, las niñas, niños y adolescentes, las mujeres y los adultos mayores, la protección de las familias y el fortalecimiento de las organizaciones comunitarias, así como en lo relativo al acceso a la vivienda y el hábitat dignos, y al *cumplimiento de los compromisos* asumidos en relación con los tratados internacionales y los convenios multinacionales, *en materia de su competencia*” (resaltado de las autoras).

<sup>25</sup> Se enuncia allí que “en virtud de la emergencia alimentaria y nutricional por la que atraviesa nuestro país, resulta imprescindible entender que todas las acciones y estrategias que lleva adelante este Ministerio... tienen como finalidad última brindar respuesta a tan angustiante situación”.

sectores más vulnerables' (tal como la misma norma expresa) y la colaboración en el cumplimiento de los tratados internacionales se limita a la 'materia de su competencia', entonces este PACH dictado mediante resolución no podría considerarse una acción en pos de la garantía del derecho humano a la alimentación de la ciudadanía toda, con enfoque integral. Es decir, no podría constituirse como una medida capaz de abordar la complejidad de la problemática alimentaria.

Debido al alcance de las acciones propuestas en el desarrollo del PACH que, tal como se analizó, exceden las medidas de coyuntura para la población vulnerable, y el amplio rango de temas que aspira a cubrir, el tipo y rango normativo elegido para su dictado (resolución ministerial) es significativamente modesto.

Sería técnicamente más conveniente que una apuesta política de estas dimensiones fuera implementada mediante una constelación normativa que tuviera como eje una ley nacional que dialogue con la regulación existente sobre las temáticas conexas y, por sobre todo, se oriente al cumplimiento de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente para toda la población. En lo que hace a la faz administrativa, correspondería luego reglamentar esta ley por decreto y dictar eventuales desarrollos complementarios en una o más resoluciones ministeriales, según las distintas jurisdicciones involucradas.

En dirección al formato de ley nacional como instrumento normativo más adecuado, se dirige la recomendación del Parlatino para fortalecer el desarrollo institucional de lucha contra el hambre del continente. Desde ese ámbito, se diseñó con ese objetivo una Ley marco sobre Derecho a la Alimentación, Seguridad y Soberanía alimentaria.<sup>26</sup> En esta línea se destaca el

---

<sup>26</sup> Aprobada en la XVIII Asamblea Ordinaria del Parlamento Latinoamericano, 30 de noviembre al 1 de diciembre de 2012, Panamá. Como autor del Proyecto de Ley Marco es reconocido el diputado uruguayo José Carlos Cardoso, Presidente de la Comisión de Agricultura, Ganadería y Pesca del Parlatino (Parlamento Latinoamericano & FAO, 2012, p. 5)



antecedente brasileño del Proyecto Hambre Cero (Fome Zero), cuyo éxito tuvo como gran referencia una comisión parlamentaria.<sup>27</sup>

El involucramiento del Congreso responde a la necesaria ampliación de legitimidad democrática que en un sistema republicano exige las magnitud de las acciones que implican un Plan de estas características. El consenso político plural que supone el proceso de debate y aprobación de una ley le otorga a sus medidas mayores posibilidades de estabilidad que las dispuestas mediante instrumentos administrativos delegados. Si bien el tiempo que implican los procesos de debate legislativos podría entenderse como un obstáculo para una temática de esta relevancia, la complejidad de la problemática alimentaria ameritaría un debate de esta envergadura.

Un enfoque integral como el que apela el PACH requiere un diseño institucional efectivo que permita articular las acciones de lucha contra el hambre con una estrategia nacional de regulación en materia de agroindustria y economía, relativas a la producción, distribución, venta y consumo de alimentos del país.<sup>28</sup> Discursivamente, ello implicaría la articulación de los niveles de emergencia y soberanía. Técnicamente, precisaría del diseño de un plan de retroalimentación entre las carteras ministeriales temáticamente vinculadas, procurando no generar contradicciones internas en el propio ordenamiento que pue-

---

<sup>27</sup> En este sentido, el citado diputado uruguayo autor de la Ley marco advertía, que el proyecto brasileño “tenía también su reflejo dentro del parlamento, no era solamente un desafío del gobierno y del ministro de turno, era un desafío del país y para que sea del país el Parlamento tiene que estar involucrado” (Cardoso, 2015).

<sup>28</sup> En lo que respecta a la conexión de la problemática alimentaria con la regulación de lo económico y la cuestión agraria, los fundamentos normativos del PACH, expresados en los considerandos de la Res. Ministerial 8/2020, vinculan la problemática del hambre con el derecho humano a la alimentación reconocido constitucionalmente y se hacen cargo de la importancia de cumplir con los compromisos internacionales asumidos al respecto. Reconocen también la necesidad de políticas integrales y de la colaboración interjurisdiccional. Sin embargo, es notable la ausencia de vinculación expresa con la regulación de los aspectos económico-técnicos de la seguridad alimentaria.

dan traducirse en limitaciones a la efectividad del PACH. Esto aplica tanto para la articulación “interna” entre los actores estatales, como para la articulación “externa” con el sector privado vinculado al mercado.

De hecho, la vigente Ley 25.734/02 (que crea el SNSA) y su decreto reglamentario, contienen un dispositivo de gestión y coordinación interministerial para la seguridad alimentaria en su aspecto de acceso a los alimentos<sup>29</sup>. Esta ley ordenaba la creación de una Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación (en adelante, CNNA) para la coordinación del Programa, además de comisiones provinciales y municipales similares (art. 4).<sup>30</sup> Sin embargo, no hay registro en los sitios webs de las áreas involucradas que esta CNNA haya sido puesta en funcionamiento<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Aún encuadrado dentro de la lógica de la declaración de emergencia y destinada a una población vulnerable focalizada, el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria fue superador en este aspecto de técnica legislativa, ya que fue lanzado mediante una ley del congreso (N° 25.724 sancionada el 27 de diciembre de 2002) reglamentada por Decreto 1018/2003. A diferencia de planes alimentarios anteriores (cuya ejecución estaba a cargo de la cartera de desarrollo social o de salud) la autoridad de aplicación es ejercida conjuntamente por los Ministerios de Salud y de Desarrollo Social (art. 3, Ley 25724).

<sup>30</sup> La CNNA tiene amplias funciones: diseñar estrategias para la implementación, difundir el programa, fijar mecanismos de control, criterios de acceso al programa, etc. En el decreto reglamentario se detalla su composición (miembros designados por el PEN, bajo régimen ad honorem): representantes de los ministerios de Desarrollo Social (2), Salud (1), Educación, Ciencia y Tecnología (1), Economía y Producción (1), Trabajo, Empleo y Seguridad Social (1), Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (1), pudiendo invitarse hasta cuatro “Organizaciones No Gubernamentales de mayor representatividad debidamente acreditadas y con experiencia de gestión en el área” (reglamentación del art. 4, en Decr. 1018/03).

<sup>31</sup> Confusamente, una entrada de la página del Ministerio de Desarrollo Social (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/ Mesa-de-coordinacion-de-politicas-alimentarias-y-saludables> Acceso: 11/02/2020) sobre una reunión del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales en 2017, linkea bajo la denominación Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación del Programa de Educación Alimentaria Nacional (Decreto 1018/03) enmarcada en la Ley 25.724 (Programa de Alimentación y Nutrición Nacional) con el sitio de la Comisión Nacional de Alimentos (CONAL <http://www.conal.gob.ar/>) un organismo diferente, enmarcado en otra legislación (Decreto 815 de 1999) que se encarga del asesoramiento, apoyo y seguimiento del Sistema Nacional de Control de Alimentos que tiene por fin la aplicación y actualización del Código Alimentario Argentino (Marichal, 2016). En marzo de 2013, desde el Congreso se solicitó al PEN el cumplimiento de la Ley 25724. Entre otras cuestiones, se solicitaba informar “si se encuentra funcionando la Comisión Nacional de Nutrición y

La experiencia regulatoria en materia de seguridad alimentaria, en su aspecto de inocuidad, muestra que es factible poner en práctica una regulación interjurisdiccional, horizontal y verticalmente. Así lo demuestra la coordinación interministerial (salud y agricultura) de la autoridad de aplicación del Código Alimentario argentino (en adelante, CAA)<sup>32</sup>. La coordinación está regulada por un Sistema Nacional de Control Alimentario creado mediante Decreto N° 2194/94. (modif. por Dec. 815/99). Este sistema articula diversas reparticiones estatales centrales en la gestión de la cuestión alimentaria a través de Comisión Nacional de Alimentos (CONAL),<sup>33</sup> la cual a su vez está compuesta por representantes de la ANMAT, el SENASA y las autoridades de aplicación sanitaria-alimentaria de CABA y las provincias<sup>34</sup>. La funcionalidad y eficacia de este complejo esquema institucional demuestra la viabilidad de una articulación de estas características.

Si el PACH es sustantivamente comprendido como un plan alimentario integral y coordinado, en materia de implementación y monitoreo corresponde la articulación de sus componentes con el engranaje institucional a cargo de la aplicación y

---

Alimentación Nacional creada por el Artículo 4 de la Ley 25.724, teniendo en cuenta la representación de las organizaciones no gubernamentales como lo define el inciso a del citado artículo” y que se detalle qué acciones se están realizando “para el fortalecimiento de la producción alimentaria regional, la autoproducción y el fortalecimiento del comercio de cercanía, respetando y valorizando las culturas y estrategias de consumo locales”. Proy. de Res. Expediente 0694-D-2019, disponible en: [https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0694-D-2019\\_](https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0694-D-2019_)

<sup>32</sup> Este código contiene la regulación del aspecto higiénico-bromatológico y comercial de la seguridad alimentaria. Ley 18.284 de 1979, Dec. reglamentario, normas comp. y modif. <http://www.conal.gov.ar/CAA.php> Desde 1994 se estableció que cualquier modificación de este Código debía emitirse mediante resoluciones ministeriales conjuntas.

<sup>33</sup> El SNCA está integrado por la CONAL, el SENASA y la ANMAT. Las Autoridades Sanitarias Provinciales y de CABA son invitadas a integrarse (art. 4º, Dec. 815/99).

<sup>34</sup> Esta comisión actúa en la órbita del Ministerio de Salud y está encargada de las tareas de asesoramiento, apoyo y seguimiento del SNCA (art. 5º, Dec. 815/99). Para mayor detalle sobre su composición actual, consultar: <http://www.conal.gov.ar/representantes.php> (Acceso: 04/02/2020). Sus decisiones se basan en los dictámenes de grupos de trabajos compuestos por expertos. [http://www.conal.gov.ar/grupos\\_trabajo.php](http://www.conal.gov.ar/grupos_trabajo.php)

actualización de las disposiciones del CAA<sup>35</sup>. Es decir, el Ministerio de Desarrollo Social - eje del PACH - debería convocar para su implementación a los organismos encargados de gran parte de la regulación de la seguridad alimentaria en Argentina, directamente o través de la CONAL.

## V. Perspectivas

El derecho humano a la alimentación significa ante todo la prerrogativa de todo ser humano de poder alimentarse a sí mismo y a la propia familia y, sólo en caso de necesidad, a recibir directamente alimentos (ONU/FAO, 2010, p. 4). En este sentido refiere el CDESC a las obligaciones del Estado respecto al cumplimiento del derecho humano a la alimentación, determinando que no sólo debe *respetarlo*, evitando interferir en su pleno goce, *protegerlo* - evitando que otros interfieran - sino ante todo *garantizarlo*. La obligación primordial del Estado consiste, además de respetar las fuentes de alimentación (agricultura, pero también fuentes de trabajo) y proteger de amenazas externas aquellas fuentes, consiste en promover y generar una situación en la que cada uno pueda alimentarse a sí mismo y a la propia familia.

La principal problemática de los planes de emergencia alimentaria en Argentina, teniendo en cuenta que se han extendido por veinte años, reside en que las medidas paliativas se han consolidado, volviendo a la asistencia un régimen estabilizado. Ello no sólo ha contribuido a desviar cualquier intento de fortalecimiento de la producción alimentaria local y alternativa - como las medidas de la Ley de Agricultura Familiar - sino que ha reforzado un sistema de dependencia y jerarquización<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Se trata, en definitiva, de las normas a las que deben sujetarse “toda persona, firma comercial o establecimiento que elabore, fraccione, conserve, transporte, expendan, espongan, importe o exporte alimentos, condimentos, bebidas o primeras materias correspondientes a los mismos y aditivos alimentarios” (art. 1 del CAA).

<sup>36</sup> Esto pone de relevancia una cuestión no menor respecto del rol del Estado como garante del derecho humano a la alimentación: la dinámica de afianzamiento de las jerarquías

El lanzamiento del PACH significa una demostración de cierta intencionalidad política hacia un tratamiento integral de la problemática alimentaria. La incorporación de la perspectiva de soberanía alimentaria y el reconocimiento explícito de la complejidad de la cuestión, representan el principal potencial del PACH frente al derecho humano a una alimentación adecuada.

Sin embargo, este enfoque integral, que reclama medidas a largo plazo para toda la población y a partir de la complejidad que amerita la multidimensionalidad de la seguridad alimentaria, colisiona en la propia norma con el enfoque de emergencia que viene gobernando las estrategias nacionales frente a las situaciones de crisis alimentarias. Esta estrategia involucra el dictado de medidas de coyuntura, la concentración de la asistencia dirigida a la población vulnerable, y la limitación de las acciones a la facilitación del acceso a prestaciones alimentarias.

Uno de los grandes desafíos que presenta el PACH consiste en la articulación de lo enunciado en los considerandos, los objetivos y en los componentes referidos a la emergencia (A y B) con aquellos referidos a la soberanía alimentaria (C y D). Será en su posterior reglamentación e implementación que se podrá diagnosticar su efectividad mediante la articulación de las medidas y acciones de estos distintos componentes.

Como se ha planteado en el presente trabajo, los enfoques de emergencia y soberanía alimentaria responden a lógicas que, en la práctica, no han podido todavía ser articuladas. En la lógica lineal, las acciones directamente vinculadas a la soberanía alimentaria se interpretan como paliativos, como ayudas parciales y complementarias de la acción asistencialista que tiene el lugar central en la agenda. Sin embargo, si la apuesta a la agroecología y la agricultura familiar pueden parecer hoy como limitados aportes para garantizar el derecho a la alimentación,

---

sociales es reproducida no sólo en el ámbito *privado* del mercado, sino también por la propia estructura del Estado a través de sus mecanismos jurídicos de producción y aplicación normativa centralizada (Mattei, 2013, p. 31).

es porque están inescindiblemente ligadas a problemáticas más complejas que no alcanzan todavía a ingresar a la agenda política, como el acceso a la tierra, la infraestructura rural y la propiedad intelectual de las semillas. En esta lógica, el PACH no llega tampoco a abarcar otras acciones imprescindibles para una discusión profunda de la malnutrición infantil, como sería la regulación especial de la publicidad de alimentos destinados a esta población, considerada horizontalmente vulnerable.

Comprender la complejidad del problema del hambre y su anclaje estructural requiere desvincular su regulación del contexto de emergencia y desligarlo discursivamente de la pobreza, la vulnerabilidad y la noción de riesgo. No se desconoce que la malnutrición afecta de manera particular a los grupos sociales económicamente más vulnerables, pero en tanto problema sanitario presenta un alcance más amplio. Si la seguridad y la soberanía alimentaria constituyen los puntos de partida de la regulación de la problemática del hambre, la política alimentaria diseñada para atacarla debe afrontar también discusiones regulatorias complejas, como por ejemplo la propiedad intelectual de las semillas, el acceso y la gestión del agua o el uso de agroquímicos para la producción de alimentos.

## Bibliografía

- Abeyá Gilardón, E. O. (2016). Una evaluación crítica de los programas alimentarios en Argentina. *Salud Colectiva*, 12(4), 589–604. <https://doi.org/10.18294/sc.2016.935>
- Aguirre, P. (2004). *Ricos flacos y gordos pobres: La alimentación en crisis*. Capital Intelectual.
- Aguirre, P. (2005). *Contribución para el diseño de una política alimentaria* (El Plan Fénix en vísperas del segundo centenario: Una Estrategia Nacional de desarrollo con equidad).
- Aguirre, P. (2007). Las transiciones alimentarias en el tiempo de la especie. Una mirada desde la antropología. En J. Braguinsky, *Obesidad, saberes y conflictos*.

- Aguirre, P. (2009). La construcción social del gusto en el comensal moderno. En M. Katz, M. Bruera, & P. Aguirre, *Comer: Puentes entre la alimentación y la cultura* (pp. 15-60). Libros del Zorzal.
- Aulicino, C., & Díaz Langou, G. (2012). *La implementación del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria en ámbitos subnacionales* (Documento de Trabajo N° 88). CIPPEC.
- Balbín, C. F. (2015). *Manual de Derecho Administrativo* (3°). La Ley.
- Barruti, S. (2013). *Malcomidos: Cómo la industria alimentaria argentina nos está matando*. Grupo Planeta Spain.
- Bojic, D., Vidar, M., Knuth, L., & Rae, I. (2010). Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación. Derecho a la Alimentación. Roma: FAO. Retrieved from <http://www.fao.org/docrep/012/i0815s/i0815s00.htm>
- Bonet de Viola, A. M. (2014). Entre seguridad, soberanía y democracia alimentaria: Consecuencias políticas de una disgregación terminológica. *Derecho y Justicia*, 4, 7-23.
- Borrás, G., & García, J. (2013). Políticas alimentarias en Argentina, derechos y ciudadanía. *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, 39, 111-136.
- Breining-Kaufmann, C. (1991). Hunger als Rechtsproblem: Völkerrechtliche Aspekte eines Rechtes auf Nahrung. *Völkerrechtliche Aspekte eines Rechtes auf Nahrung*. Zürich: Schulthess TS - WorldCat.
- Britos, S., O'Donnell, A., Vanina, U., & Clacheo, R. (2009). Programas alimentarios en Argentina. CESNI Centro de Estudios Sobre Nutricion Infantil, 8-10, 8-12. <https://doi.org/10.1896/020.010.0106>
- Britos, S., Saraví, A., & Vilella, F. (Eds.). (2013). *Alimentación saludable en la Argentina: Logros y desafíos*. Orientación Gráfica Editora.
- Buschini, J. (2015). La alimentación como problema en la Argentina de las décadas de 1930 y 1940. Notas para su delimitación como objeto de estudio. *Cuestiones de Sociología*, 12. <http://www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn12a08>

- Cardoso, J. C. (2015). *Entrevista al Coordinador del Frente Parlamentario de Uruguay y Presidente de la Comisión de Agricultura, Ganadería y Pesca del PARLATINO* [Video]. <https://www.youtube.com/watch?v=BQPKZYEkhE>
- Cartwright Traylor, J. (1988). FAO and the right to food. In A. Eide, W. B. Eide, S. Goonatilake, J. Gussow, & Omawale (Eds.), *Food as a human right* (2nd ed., pp. 187–218). Tokyo; Japan: United Nations University.
- Cittadini, R. (2014). Limitaciones y potencialidades de la agroecología: Enseñanzas de una experiencia en gran escala basada en los principios de la agroecología, el ProHuerta en Argentina. En V. Hernández, F. Goulet, M. Daniele, & N. Girard (Eds.), *La agroecología en Argentina y en Francia: Miradas cruzadas* (pp. 117-132). INTA.
- CDESC, Comité de Derechos Económicos, S. y C. (1999). Observación general 12: Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. United Nations Economic and Social Council, pp. 1–11.
- Craven, M. (1995). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press.
- Fanzo, J. (2016). Policies' Food Roles on Nutrition Goals and Outcomes: Connecting of Food and Public Health Systems. En G. Steier & K. K. Patel, *International Food Law and Policy* (pp. 213-251). Springer.
- FAO. (1996). *Informe de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación*. Roma.
- Filardi, M., & Prato, S. (2018). Reclamar el futuro de la alimentación: Cuestionando la desmaterialización de los sistemas alimentarios. En A. Morena, *Cuando la alimentación se hace inmaterial: Afrontar la era digital* (pp. 6-15). Red Mundial por el Derecho a la Alimentación y a la Nutrición.
- Fischler, C. (2010). Gastro-nomía y gastro-anomía. Sabiduría del cuerpo y crisis biocultural de la alimentación moderna. *Gazeta de Antropología*, 26.



- Grassi, E. (2003). El asistencialismo en el Estado Neoliberal. La experiencia Argentina de la década del 90. E-L@tina. Revista Electrónica de Estudios Latinoamericanos, 1(4), 28–51. Retrieved from [https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/elatina/article/view/2712/pdf\\_84](https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/elatina/article/view/2712/pdf_84)
- Haugen, H. M. (2007). The right to food and the TRIPS Agreement: With a particular emphasis on developing countries' measures for food production and distribution. (Vol. 30). Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Maceira, D., & Stechina, M. (2011). Intervenciones de política alimentaria en 25 años de democracia en Argentina. Revista Cubana de Salud Pública, 37(1), 44–60. <https://doi.org/10.1590/s0864-34662011000100006>
- Marichal, M. E. (2016). El desarrollo del Sistema Nacional de Control de Alimentos en Argentina. *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 68(XXVIII), 157-186.
- Nestle, M. (2007). *Food Politics: How the Food Industry Influences Nutrition and Health, Revised and Expanded Edition*. University of California Press.
- O'Donnell, A., & Britos, S. (2002). Reflexiones y propuestas en la emergencia alimentaria. Arch.Argent.Pediatr, 100(5), 412-422.
- ONU/FAO. (2010). El derecho a la alimentación adecuada. Folleto Informativo No 34, p. 66. <https://doi.org/1014-5613>
- Parlamento Latinoamericano, & FAO. (2012). *Ley Marco Derecho a la Alimentación, Seguridad y Soberanía Alimentaria*. XVIII Asamblea Ordinaria del Parlamento Latinoamericano.
- Pomar, A., & Tendero, G. (2016). Respuestas transformadoras a la emergencia alimentaria. Soberanía Alimentaria, 26, 39-41.
- Quintana, V. M. (2008). Para recuperar nuestra soberanía alimentaria. Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Shiva, V. (2003). *Cosecha Robada: El Secuestro Del Suministro Mundial de Alimentos*. Editorial Paidós.
- Sordini, M. V. (2014). Una revisión sobre los programas alimentarios nacionales aplicados a comedores escolares y comunitarios desde los años ochenta en Argentina. *De Prácticas y Discursos. Cuadernos de Ciencias Sociales*, 3(3), 1-12.

- Teubal, M., & Palmisano, T. (2013). Crisis alimentaria y crisis global: La Argentina de 2001/2002 y después. *Realidad Económica*, 279, 47-74.
- Teubal, M., & Rodríguez, J. (2002). *Agro y Alimentos en la Globalización: Una Perspectiva Crítica*. Editorial La Colmena.
- Vía Campesina. (2017, octubre 26). *Las administraciones gubernamentales no brindan seguridad alimentaria a las comunidades marginales. La desnutrición a causa de la pobreza va en aumento.* <https://viacampesina.org/es/seguridad-soberania-alimentaria/>

## Novedades legislativas

*Eduardo Baldi*<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e367>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3933-2611>

### Nación

#### **Ley Nº 27520. Establece Presupuestos mínimos para el cambio climático**

La norma establece presupuestos mínimos de protección ambiental con el objetivo de establecer políticas e instrumentos relativos al estudio de su impacto y para promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país.

También, propone la creación de un Gabinete Nacional de Cambio Climático que estará integrado por diferentes áreas del gobierno y tendrá como objetivo lograr la articulación de las políticas públicas diseñadas.

#### **Ley Nº 27521. Crea un Sistema Único Normalizado de Talles**

La presente norma crea un “Sistema Único Normalizado de Identificación de Talles de Indumentaria” (SUNITI) destinado a la fabricación, confección, comercialización o importación de indumentaria destinada a la población a partir de los 12 años de edad.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Asimismo, establece que el Poder Ejecutivo nacional, a través del organismo correspondiente, realizará en todo el territorio nacional y cada 10 años un estudio antropométrico de la población, con el fin de actualizar ese sistema. El primer relevamiento debe estar finalizado dentro del período de un año de sancionada esta norma.

También, prevé que todas las prendas deberán estar identificadas de acuerdo a lo previsto por este sistema. Ante su incumplimiento se aplican las sanciones establecidas en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la ley 23.592 de Penalización de Actos Discriminatorios.

### **Ley N° 27.522. Regulación de la comercialización de bienes culturales**

La mencionada norma, establece un marco regulatorio para los diferentes actores que participan en la comercialización de antigüedades, obras de Arte y otros bienes culturales. La norma crea un registro digital en el cual deben inscribirse todas las personas que se dediquen a estos rubros y allí se deberá declarar cada operación realizada.

### **Ley N° 27.532. Crea la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo**

La mencionada norma, incorpora en el Sistema Estadístico Nacional, como módulo de la Encuesta Permanente de Hogares, a la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo, que mide el tiempo que le dedican las personas -con perspectiva de género-, a las tareas y actividades de la vida cotidiana.

Se trata de una importante incorporación, ya que es la única medición estadística que devela el tiempo dedicado a las tareas de cuidado no remuneradas, que a nivel mundial son ejercidas casi en su totalidad por las mujeres y otras identidades feminizadas.

La nueva ley, brinda una definición de qué se va a entender por “Trabajo doméstico y de cuidado no remunerado”, “Cuenta satélite” y “autocuidado”, e indica los objetivos a los que apuntará

la nueva encuesta, que deberá realizarse periódicamente cada 2 años.

### **Ley N° 27.533. Contra la violencia política contra las mujeres**

La norma, modifica a la Ley 26.845 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Incorpora a la violencia política como uno de los tipos de violencia contra las mujeres.

En ese sentido, prevé que se considerará tal a aquella *“que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones”*.

### **Ley N° 27.539. Cupo Femenino y acceso de artistas mujeres en eventos musicales**

La norma, regula el cupo femenino y el acceso de las artistas mujeres a los eventos de música en vivo que hacen al desarrollo de la industria musical. En ese sentido, dispone que los eventos de música en vivo así como cualquier actividad organizada de forma pública o privada que implique lucro comercial o no y que para su desarrollo convoquen a un mínimo de tres artistas o agrupaciones musicales en una o más jornadas, ciclos, programaciones anuales, deben contar en su grilla con la presencia de artistas femeninas.

A partir de los 10 artistas programados, se entiende que el cupo femenino se cumple cuando éste represente 30 % del total de artistas solistas y/o agrupaciones musicales de la grilla.

### **Ley N° 27.541. De Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública**

Se trata de un paquete de medidas económicas que abarca distintos aspectos como deuda pública, tarifas, impuestos, derechos de exportación, jubilaciones, créditos UVA y emergencia sanitaria.

En el primer título se declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Además, establece distintas bases de delegación legislativa, en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, para cumplir con los fines de la ley de emergencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

En materia de Deuda Pública, se faculta al Poder Ejecutivo a llevar adelante cualquier tipo de gestión para renegociar la deuda externa argentina. A su vez, aclara que remitirá un informe con el producto de las gestiones a la Comisión del Congreso de seguimiento de la deuda exterior de la Nación.

En materia fiscal, se crea el IMPUESTO PARA UNA ARGENTINA INCLUSIVA Y SOLIDARIA. Consiste en un recargo del 30 % a la compra de divisas en moneda extranjera. Además, incluye la adquisición de servicios en el exterior, así como, las compras efectuadas a través de internet con moneda extranjera y los cambios de divisas generados. Se trata de un impuesto de emergencia por el lapso de cinco períodos fiscales, a partir de la entrada en vigencia de la ley. Cabe aclarar, que se excluye del gravamen a los gastos referidos a prestaciones de salud, adquisiciones de libros o proyectos de investigación científica. El 70 % del producto de este impuesto estará destinado para financiar el régimen de la seguridad social. El 30 % restante, se distribuirá para financiar obras de infraestructura. También, la norma incluye cardinales modificaciones a las obligaciones tributarias del impuesto a los bienes personales (art. 28), del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias (art. 41), del impuesto a las ganancias (art. 42), y de los impuestos internos (art. 46).

En relación a los Derechos de Exportación, establece un tope en la alícuota de derechos de exportación del 33 % del valor imponible o del precio oficial FOB. A su vez, estipula los límites de las alícuotas de derecho de exportación de soja (33 %); mercancías que no estaban sujetas a derecho de exportación al 2 de septiembre de 2018 (15 %); productos agroindustriales

de las economías regionales definidas por el Poder Ejecutivo (5 %); bienes industriales y para servicios (5 % del valor imponible o precio oficial FOB). El 70 % del valor incremental de los derechos de exportación será destinado al sistema nacional de la seguridad social. Una modificación establecida al proyecto original, en este aspecto, resulta un tope a las alícuotas para hidrocarburos y minería, las cuales no podrán superar el 8 % del valor imponible o precio final FOB. A su vez, se estipuló en ese título, que el 3 % del valor incremental de los derechos de exportación será destinado a un Fondo para estimular la actividad de pequeños productores y cooperativas. Asimismo, la ley estableció que el Poder Ejecutivo deberá instituir mecanismos de segmentación y estímulo para los pequeños productores en razón de la aplicación del tributo con la distancia de su lugar de producción y comercialización. Sin embargo, la potestad de aumentar alícuotas no se aplicará a los distritos que sean declarados en emergencia agropecuaria.

En materia de Seguridad Social, se establecen alícuotas correspondientes a las contribuciones patronales sobre la nómina salarial con destino a los subsistemas de Seguridad Social: el 20,40 % para los empleadores pertenecientes al sector privado cuya actividad principal encuadre en el sector “Servicios” o en el sector “Comercio”, y el 18 % para los restantes empleadores del sector privado. Será el Poder Ejecutivo Nacional el que establecerá la manera en la que se distribuirán esas contribuciones a los subsistemas de la Seguridad Social. Además, de las contribuciones patronales efectivamente abonadas, los contribuyentes y responsables podrán computar, como crédito fiscal del IVA, los porcentajes indicados en el Anexo I. Por otra parte, se establece un sistema de deducciones por empleado, en concepto de remuneración bruta, así como también respecto del Sueldo Anual Complementario, conforme a las leyes pertinentes. Se excluyen de estas disposiciones a los empleadores titulares de establecimientos educativos de gestión privada que se encontrasen incorporados a la enseñanza oficial.

En materia de Energía, se propone que las tarifas de electricidad y gas sigan bajo jurisdicción federal y que sea el Poder Ejecutivo Nacional el que inicie el proceso de renegociación de la Revisión Tarifaria Integral vigente propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares y las empresas para el año 2020. Además, faculta al Poder Ejecutivo a intervenir administrativamente al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), por el término de un año, y suspende la aplicación de lo dispuesto en el art. 124 de la ley 27.467 respecto de las funciones del ENRE.

En el trámite de sanción, se eliminó el controvertido artículo 85 del proyecto de ley, el cual facultaba al Poder Ejecutivo un cúmulo de acciones para rediseñar la organización de la Administración Pública Nacional.

### **Ley N° 27.542. De Consenso Fiscal**

Se aprobó de esta forma, el convenio suscripto por el Poder Ejecutivo Nacional, representantes de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el pasado 17 de diciembre de 2019. El acuerdo asumido implicó modificaciones a los Consensos Fiscales celebrados en 2017 y 2018, en consideración, a la situación socioeconómica nacional. También, significó la suspensión por el término de un año de los procesos judiciales iniciados por las provincias contra el Estado Nacional, en razón, del impacto de los Decretos 561/2019 y 567/2019, medidas de reducción del IVA para algunos productos de la canasta básica, que significó disminución de ingresos a las provincias en concepto de coparticipación.

### **Ley N° 27.543. De Personal Militar**

Esta norma autoriza la entrada de tropas extranjeras al territorio nacional, y la salida fuera de él de fuerzas nacionales. Dicho permiso se da en el marco del Programa de Ejercitaciones Combinadas a realizarse desde el 1 de septiembre de 2019 al 31 de agosto de 2020.



### **Ley N° 27.544. De Restauración de la Sostenibilidad de la Deuda Pública emitida bajo Ley Extranjera**

La norma posibilita al Poder Ejecutivo Nacional el manejo de las operaciones de administración de pasivos y reestructuraciones de vencimientos de deuda de los títulos públicos nacionales, emitidos bajo ley extranjera. A su vez, pone en cabeza del Ministerio de Economía la aplicación de la ley, así como, el dictado de normas complementarias o aclaratorias para el funcionamiento de la norma.

### **Decreto N° 792/2019. Reglamenta la ley N° 26.858 de Derecho de Acceso, Deambulación y Permanencia de personas con discapacidad acompañadas por Perro Guía o de Asistencia**

El citado Decreto reglamenta la Ley N° 26.858, sancionada en el año 2013, que establece la posibilidad de la constante presencia del perro guía o de asistencia acompañando a la persona con discapacidad en lugares públicos y privados de acceso público y a los servicios de transporte público, en sus diversas modalidades.

Se designó como autoridad de aplicación a la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS), organismo descentralizado en la órbita de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, quien tendrá a cargo la confección de un registro de Centros de Entrenamiento de Perros debidamente acreditados, que será de carácter público; y, la entrega de las credenciales y los distintivos a usuarios y adiestradores/entrenadores pertenecientes a los Centros de Entrenamiento.

Dentro de los espacios a los que podrían tener acceso se incluyen los establecimientos gastronómicos, locales comerciales, oficinas del sector público y privado, lugares de ocio y tiempo libre, centros deportivos y culturales, establecimientos de enseñanza pública o privada, establecimientos religiosos, centros sanitarios y asistenciales.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 795/19. Crea la Agencia Nacional de Protección de Testigos e Imputados**

A través del dictado del mencionado Decreto de necesidad y urgencia, el gobierno, modifica la Ley N° 25.764 de Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados creando la Agencia Nacional de Protección de Testigos e Imputados, como ente autárquico, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Además, la norma prevé la creación de un Consejo Consultivo, integrado por el presidente de la Cámara Federal de Casación Penal, el Procurador General de la Nación o un funcionario de dicho cuerpo, y el Secretario de Seguridad o un representante del Ministerio de Seguridad. Dicho órgano, se reunirá una vez por mes para que el Director de la Agencia informe sobre su funcionamiento y para atender las observaciones que los testigos e imputados realicen al sistema de protección.

A su vez, el Ministerio de Justicia elevará al Poder Ejecutivo Nacional una propuesta formulada por el Consejo Consultivo para la designación del director de la Agencia Nacional.

El organismo tiene como función principal la ejecución de las medidas que preserven la seguridad de dichos sujetos, que hubieran colaborado en una investigación judicial de competencia federal relativa a los delitos de secuestro (art. 142 bis del Código Penal), secuestro extorsivo (art. 170 del Código Penal) y los tipificados por la Ley N° 23.737 (ley de estupeficientes)

*NOTA: Organismo derogado por DNU N° 168/20, citado más adelante.*

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 796/19. Reestructuración del pago de los títulos representativos de deuda pública nacional de corto plazo que estén bajo la titularidad de Administración Pública No Financiera de las Provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

La medida establece que las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán informar al Ministerio de Hacienda todos los datos de los títulos que contempla la norma en su

anexo. Aquellos que tengan una fecha de pago original vencida a la entrada en vigencia de esta medida serán cancelados dentro de cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba esa información o de la publicación del mencionado decreto.

Entre sus argumentos, la norma explica que en agosto del 2019, a través del Decreto 596/2019, se dispuso un cronograma de pagos para distintos títulos representativos de deuda pública nacional de corto plazo. El objetivo de esa medida era recomponer el programa financiero de la Nación y crear un marco sustentable para la deuda pública.

Sin embargo, advierte que: “Su aplicación ha generado desequilibrios financieros en algunas jurisdicciones locales y condiciona el cumplimiento de las obligaciones a cargo de ellas en el marco del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal y sus relaciones financieras con el Estado Nacional”.

### **Decreto N° 824/2019, Nuevo texto ordenado de la Ley N° 27.430 de Impuesto a las Ganancias**

En virtud del artículo 316 de la citada ley, el Gobierno tiene la potestad para *“ordenar las leyes tributarias y aquellas que rigen su procedimiento como así también el Código Aduanero, sin introducir en su texto modificación alguna, salvo las gramaticales indispensables para su ordenamiento.”*

Teniendo en cuenta que Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y siguientes, ha sido fruto de reiteradas modificaciones desde el dictado del Decreto N° 649 del 11 de julio de 1997 que aprobara su último ordenamiento, el Poder Ejecutivo consideró la necesidad de *“establecer un nuevo texto ordenado a fin de facilitar su consulta y aplicación.”*

La norma se estructura, a partir de su adecuación, en 9 títulos referidos a: Título I, Disposiciones generales (art. 1 a 43); Título II, Categoría de ganancias (art. 44 a 82); Título III, de las deducciones (art. 83 a 93); Título IV, Tasas del impuesto para las personas humanas y sucesiones indivisas y otras disposiciones (art. 94 a 101); Título V, Beneficiarios del exterior (art. 102 a

104); Título VI, Ajuste por inflación (art. 105 a 109); Título VII, Otras disposiciones (art. 110 a 115); Título VIII, Ganancias de fuente extranjera obtenidas por residentes en el país (art. 116 a 179); y Título IX, Disposiciones transitorias (art. 180 a 194).

En el Anexo I del decreto se estipula el texto ordenado de la Ley, y a su vez, en el Anexo II, se elabora un índice del ordenamiento en 2019, donde también, se detallan las disposiciones que se excluyeron de la reorganización.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 829/2019. Establece un régimen de compensación económica a militares fallecidos o gravemente lesionados como consecuencia del ataque al Regimiento de Infantería de Monte n° 29 Coronel Ignacio Warnes, ocurrido el 5 de octubre de 1975, en Formosa**

El último día de gestión del gobierno de Mauricio Macri, se decretó que los herederos de los militares fallecidos como consecuencia de esos hechos, tendrán derecho a percibir una indemnización equivalente a la remuneración mensual de los agentes de Nivel A Grado 0 del Escalafón para el Personal Civil de la Administración Pública Nacional del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP), homologado por el Decreto N° 2.098 del 3 de diciembre de 2008, sus modificatorios y complementarios, multiplicada por el coeficiente CIEN (100).

Por otra parte, la indemnización de quienes hayan sufrido lesiones graves y gravísimas como consecuencia de los mismos hechos será de una reducción del 40 % y del 30 % de la suma mencionada, respectivamente.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7/2019 que sustituye el artículo 1° de la Ley de Ministerios para conformar las nuevas carteras ministeriales que acompañarán la gestión del nuevo gobierno nacional**

Entre las principales modificaciones, se le devuelve rango ministerial a Salud, Trabajo, Cultura, Ciencia, Transporte y Ambiente, y a su vez se crean los Ministerios de: Obras Públicas;

Mujeres, Género y Diversidad (sucede al Instituto Nacional de las Mujeres); Turismo y Deportes (sucede a la Agencia de Deporte Nacional); y de Desarrollo Territorial y Hábitat.

Según la nueva conformación, los Ministerios que acompañarán al nuevo mandatario en su gobierno son: Del Interior; De Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; De Defensa; De Economía; De Desarrollo Productivo; De Agricultura, Ganadería y Pesca; De Transporte; De Obras Públicas; De Justicia y Derechos Humanos; De Seguridad; De Salud; De Desarrollo Social; De las Mujeres, Géneros y Diversidad; De Educación; De Cultura; De Ciencia, Tecnología e Innovación; De Trabajo, Empleo y Seguridad Social; De Ambiente y Desarrollo Sostenible; De Turismo y Deportes; De Desarrollo Territorial y Hábitat.

En el texto del Decreto, también se especifican cuáles serán las funciones que le competirán a cada uno de los Ministros/as a cargo. Además, el Decreto indica que la Secretaría General, la de Legal y Técnica, la de Asuntos Estratégicos y la de Comunicación y Prensa, son las cuatro que asistirán directamente al nuevo Presidente.

### **Decreto N° 33/2019. Llamado al Congreso a sesiones extraordinarias**

El período ordinario de sesión por parte de las cámaras del Poder Legislativo es desde el 1° de marzo hasta el 30 de noviembre. El presidente de la Nación, tiene la potestad en sus atribuciones de tomar dicha decisión, en virtud de los artículos 63 y 99, inciso 9 de la Constitución Nacional.

La norma convoca a sesiones extraordinarias desde el 13 de diciembre de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019. Además, especificó que los temas a tratar serán el proyecto de Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, en el marco de la Emergencia Económica.

También, se tratarán los proyectos de ley, donde, se permita al presidente a ausentarse del país en el 2020 cuando razones

de gobierno lo requieran y por el cual se autorice la entrada de tropas extranjeras al territorio nacional y la salida de fuerzas nacionales del mismo, en el marco del Programa de Ejercitaciones Combinadas.

**Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 34/2019. Declaración de emergencia pública ocupacional por el lapso de 6 meses y al establecimiento del derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente por despido sin causa, durante la vigencia de ese plazo**

Entre los fundamentos del decreto se tiene en cuenta que la tasa de desempleo se ha incrementado hasta el 10,6 % en el segundo trimestre de 2019, un punto porcentual superior a un año atrás. Además, se argumenta *“que desde el 20 de mayo de 2016 se perdieron 111 mil puestos de trabajo asalariado registrado privado: en mayo de 2016 había 6.178.000 trabajadores y trabajadoras y 3 años después, en septiembre de 2019, 6.067.000”*.

También, la norma aclara que a los fines de generar nuevos empleos resulta pertinente que la disposición no será aplicable a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del DNU.

**Decreto Nº 36/2019. Suspense por 180 días la estabilidad de los empleados públicos jerárquicos**

La norma suspende la aplicación del Decreto Nº 788/19, dictado durante los últimos días de la presidencia de Mauricio Macri, que extendía por cinco años la estabilidad de los cargos jerárquicos nombrados en su mandato.

Asimismo, convoca a la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional a reunirse dentro de los próximos 90 días.

La norma explica que el convenio suspendido *“implicaría una disrupción y desigualdad en la carrera del personal de la administración pública, toda vez que no se trataría de una relación razonable con las escalas salariales del SINEP”*. Además, argumenta que

antes de llevar adelante su implementación, “resulta necesario un análisis y control pormenorizado de su legalidad, pudiendo advertir posibles irregularidades en su dictado”.

### **Decreto N° 37/2019. Cambios en el esquema de retenciones a las exportaciones de algunos productos agropecuarios**

La medida deja sin efecto el límite de cuatro pesos como derecho de exportación por dólar exportado, establecido por el gobierno anterior en el Decreto N° 793/2018. Además, se fijó una alícuota de 9 % como derecho de exportación para determinados productos establecidos en el Anexo II

La medida se toma en ejercicio de las atribuciones del apartado 1 y 2 del artículo 755 de la Ley N° 22.415 (Código Aduanero) y sus modificaciones. A su vez, en el Decreto 37/2019 se fundamenta la decisión a causa del *“deterioro del valor del peso con respecto al dólar estadounidense, lo que ha representado, al 10 de diciembre de 2019, una devaluación mayor al 60 %”*.

Con la modificación establecida, cambian los porcentajes de las alícuotas de algunos productos agropecuarios. Precisamente, vuelven a regir los límites del 30 % o 12 % respectivamente, fijado por el artículo 81 de la Ley N° 27.467 de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2019.

### **Decreto N° 50/2019. Aprueba estructura del Poder Ejecutivo Nacional**

La presente norma complementa al Decreto N° 7/2019. Se asignan nuevas funciones de las Secretarías, Subsecretarías, Organismos descentralizados y demás áreas administrativas que asistirán a cada uno de los 20 Ministerios y las 4 Secretarías de Gobierno del Poder Ejecutivo de la Nación.

Según el texto del Decreto, el reordenamiento se funda en la necesidad de “establecer una nueva conformación organizativa de los niveles políticos, basado en criterios de racionalidad y eficiencia que posibiliten una rápida respuesta a las demandas de la sociedad, dando lugar a estructuras dinámicas y adaptables a los cambios permanentes.”

### **Decreto N° 54/2019. Reformulación de la Oficina Anticorrupción**

Según esta norma, la mencionada Oficina pasará a ser un organismo desconcentrado de la Presidencia de la Nación y el cargo de su titular será elevado al rango de Ministro, otorgándole así mayor jerarquía institucional, contando con independencia técnica en el cumplimiento de las funciones que le competen sin recibir instrucciones presidenciales ni de ninguna otra autoridad superior del poder ejecutivo nacional.

Además se estableció que la Oficina mantendrá su estructura administrativa y de presupuesto dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pero transformándose en un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo.}

También se modifica un artículo del antiguo Decreto N° 102/99, incorporándose expresamente el requisito de contar con título de abogado/a para estar a cargo de la institución, sumado a la experiencia ya exigida de no menos de seis años en el ejercicio de la profesión de abogado o de idéntica antigüedad profesional en el Ministerio Público o en el Poder Judicial.

### **Decreto N° 58/2019. Promulgación parcial de la Ley de Solidaridad y Reactivación Productiva**

En la promulgación de la ley N° 27541, se observó la siguiente frase del artículo 52, referida a los derechos de exportación de hidrocarburos: *“En ningún caso el derecho de exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor Boca de Pozo para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras”*. El agregado del artículo 52 había sido incorporado por el Congreso, modificando el texto original.

El decreto justifica la modificación con el fin de no modificar de manera determinante el régimen fiscal de regalías de hidrocarburos. La limitación impuesta por el Congreso, implica –según la observación– una *“alteración del método de cálculo que tiene como resultado el incremento del monto real de las regalías hidrocarburíferas”*.



### **Decreto N° 73/2019. Otorga un bono para Jubilados y Pensionados y un subsidio extraordinario para beneficiarios de AUH**

La norma dispone que las asignaciones se otorgarán por los meses de diciembre y enero, y tiene como objetivo *“acompañar y cuidar a los sectores más vulnerables y necesitados de la sociedad”*. Para los beneficiarios y beneficiarias del sistema previsional que cobran el haber mínimo (alrededor de 14 mil pesos), el bono será de \$5000. En el caso de aquellos que perciban un haber superior, el monto será igual a la cantidad necesaria para alcanzar el tope de \$19.067.

También gozarán del subsidio extraordinario los beneficiarios y beneficiarias de la Pensión Universal para Adulto Mayor, y los favorecidos por pensiones no contributivas por vejez, invalidez o pensión graciable a cargo del ANSES.

### **Decreto N° 99/2019. Reglamentario de la Ley de Solidaridad y Reactivación Productiva**

La citada norma, reglamenta la Ley N° 27.541, de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública.

### **Decreto N° 2/2020. Declara el año 2020 como el “Año del General Manuel Belgrano”**

La mencionada norma, destaca al prócer como una de las *“figuras fundamentales del proceso que condujo a la independencia de nuestro país, en el marco de las luchas por la emancipación sudamericana”*, y decide homenajear la figura y el legado de Belgrano. Además, el Decreto dispuso que, toda la documentación oficial de la Administración Pública Nacional, así como, en los Entes autárquicos dependientes de ésta, deberá llevar la leyenda de: *“2020 - Año Del General Manuel Belgrano”*.

### **Decreto N° 14/2020. Dispone incremento salarial para los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado**

La norma determinó que el incremento será de \$ 3000 para el mes de enero, y a partir de febrero, se adicionará la suma de \$1000. Se trata de una *asignación fija remunerativa*". En el caso de PyMES, que cuenten con certificado *MiPyME*, "*quedarán eximidas del pago de las contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino*".

### **Decreto N° 56/2020. Dispone un incremento salarial mensual para el personal del Sector Público**

El incremento sólo corresponderá cuando la retribución bruta no supere la suma de sesenta mil pesos y consistirá en sumas fijas remunerativas no bonificables mensuales de hasta tres mil pesos para los salarios correspondientes a febrero del 2020 con un adicional de mil pesos a cobrarse en marzo.

### **Decreto N° 92/2020. Dispone el restablecimiento de la paritaria nacional docente**

La norma retoma el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 26.075 de Financiamiento Educativo de 2005. La normativa dispone la creación de un convenio marco que incluya pautas generales referidas a condiciones laborales, calendario educativo, salario mínimo docente y carrera docente, respondiendo a la obligación constitucional de garantizar el derecho a la educación en condiciones de igualdad y equidad.

### **Decreto N° 116/2020. Amplia los beneficios fiscales para quienes traigan fondos al país**

La norma amplía los beneficios fiscales para todos aquellos que repatrien fondos del exterior. La norma posibilita inversiones para fondos repatriados del exterior para evitar la alícuota del 2,25 % en Bienes Personales.

**Decreto N° 132/2020. Restringe las contrataciones en la administración pública por seis meses.**

El Poder Ejecutivo Nacional, a través del citado decreto, dispuso limitar las designaciones de personal en el Estado por 180 días. La medida busca utilizar “estratégicamente” los recursos del Estado. Hay excepciones al alcance de la norma, como por ejemplo los procesos de selección de personal (concursos) ya iniciados, además la cobertura de cargos que no pueden postergarse por su especificidad técnica, profesional, criticidad o riesgo operativo.

**Decreto de Necesidad y Urgencia N° 141/2020. Postergación del pago del Bono Dual para el 30 de septiembre de 2020.**

La mencionada norma, posterga el pago de la amortización del Bono AF 20 para el 30 de septiembre de 2020. Sin embargo, no se interrumpirá el pago de los intereses ya devengados de acuerdo a los términos y condiciones originales. Ante la resistida cooperación de los bonistas y la delicada situación económica nacional, el Ministerio de Economía decidió endurecer la posición argentina sobre la restauración de la sostenibilidad de la deuda. Con la postergación, la estrategia del Gobierno reside en obtener mayor tiempo para poder reestructurar el bono, en coherencia, con el programa de reestructuración de deuda externa. La medida no obstaculiza futuras suscripciones de títulos.

Cabe aclarar que la norma prevé un tratamiento diferencial para las personas humanas que al 20 de diciembre de 2019 conserven el valor registrado de la tenencia del bono menor o igual a 20 mil dólares. A dicho grupo no se les postergarán los vencimientos de capital.

**Decreto N° 145/2020. Deja sin efecto el Decreto que habilitaba a la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) a dar en pago bienes inmuebles para cancelar deudas y otras obligaciones contraídas**

El Decreto anterior -el N° 740/2019-, fue firmado por el ex presidente Mauricio Macri, un día después de perder las

elecciones del 27 de octubre de 2019. Esta norma incorporaba dentro de las funciones de la AABE establecidas en el artículo 8° del Decreto N° 1382/12, la posibilidad de desprenderse de bienes inmuebles desafectados del uso, declarados innecesarios y/o sin destino, a fin de cancelar deudas y/o afrontar compromisos de asistencia económico-financiera y/o extinguir cualquier otra obligación de carácter pecuniario.

Entre sus argumentos, el actual Decreto, señala que “la afectación de bienes inmuebles al pago de obligaciones, como las establecidas por dicho inciso, desnaturaliza la función asignada a la AABE e implica un desprendimiento de activos insustituibles que pertenecen al ESTADO NACIONAL”, situación que va en claro perjuicio del interés público.

Además, agrega que ello “se torna aún más gravoso y reprochable, cuando la medida ha sido adoptada al día siguiente de la realización de las elecciones generales para elegir, entre otros cargos, Presidente y Vicepresidente de la Nación y la dación en pago de inmuebles se realiza exclusivamente a favor de una sola jurisdicción” (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

A su vez, indicaron que las transferencias realizadas en favor de la Ciudad se encontraban vedadas por la Regla de Fin de Mandato establecida en el artículo 15 bis de la Ley de Responsabilidad Fiscal, que prohíbe cualquier disposición legal o administrativa excepcional que implique la donación o venta de activos fijos durante los últimos dos trimestres del año de fin de mandato.

### **Decreto N° 148/2020. Deroga las normas que permitían el ingreso de residuos sin certificado de inocuidad sanitaria y ambiental**

Se deroga el Decreto N° 591/19 dictado por el gobierno anterior por la cual, se había eliminado la exigencia de contar con un certificado de inocuidad sanitaria y ambiental expedido previo al ingreso de residuos o desechos al país. El Decreto N° 181/92 contemplaba la necesidad de contar con un documento de inocuidad sanitaria y ambiental, dictado previo al

embarque por la autoridad competente del país de procedencia del desecho o residuo importado. A su vez, se exigía la ratificación por la autoridad de aplicación nacional, es decir, un doble control ambiental. Sin embargo, bajo el Decreto N° 591/2019, se modificó el procedimiento de control del ingreso de residuos o desechos al país previsto en el Decreto N° 181/92, dejando sin efecto la exigencia del certificado de inocuidad. A su vez, el presente decreto establece el plazo de 180 días para que los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Desarrollo Productivo formulen una propuesta normativa destinada a promover una gestión integral de los residuos.

**Decreto N° 149/2020. Ordena investigar la legalidad de las disposiciones de bienes inmuebles de la AABE.**

Tal como se expresara en el comentario al Decreto N° 145/20, el Poder Ejecutivo decidió efectuar una investigación administrativa respecto de la actuación de la AABE en la disposición de inmuebles en favor de la Ciudad de Buenos Aires durante toda la gestión de Mauricio Macri, atento a una presunta violación a la Regla de Fin de Mandato, prevista en la Ley de Responsabilidad Fiscal.

**Decreto de Necesidad y Urgencia N° 156/2020. Aclara que las disposiciones del DNU 34/2019 no serán aplicables en el ámbito del Sector Público Nacional.**

Mediante esta norma, se aclara que la disposición, que declara la emergencia pública en materia ocupacional por el término de 180 días y el pago de la doble indemnización en caso de despido, no resulta aplicable a los empleos del Sector Público Nacional.

**Decreto N° 163/2020. Establece aumento de las prestaciones previsionales.**

La norma establece a partir del mes de marzo, un aumento del 2,3 % sobre el haber devengado en febrero de 2020, más un importe fijo de \$ 1500. De esta forma, el 75 % del universo previsional recibirá un incremento igual o mayor al 11,56 %,

que hubiesen percibido con la fórmula anterior prevista en la Ley 24.241. Además, el decreto contempló la suba del 13 % de las Asignaciones Familiares.

### **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 168/20. Deroga el Decreto del gobierno anterior que creó la Agencia Nacional de Protección a Testigos e Imputados.**

La presente norma deroga el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 795/2019. Por esa disposición, comentada en este mismo resumen, se modificó la Ley 25.764, y se creó la Agencia Nacional y el Consejo Consultivo de Protección a Testigos e Imputados. Con fundamento en que, al momento de su dictado no existieron circunstancias excepcionales que motivaran ese decreto de necesidad y urgencia, el actual Presidente derogó esa disposición y restableció el texto original de la Ley 25.764 de Programa de Protección a Testigos e Imputados.

### **Decreto N° 184/2020. Establece la distribución específica de lo recaudado por el Impuesto País**

La norma reglamenta la distribución del ingreso en concepto del denominado impuesto PAIS, regulado en el artículo 35 de la Ley de Solidaridad y Reactivación Productiva. En la ley, sólo estaba estipulado que el 70 % de lo recaudado sería para ANSES y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. El 30 % restante correspondería para el financiamiento de obras de vivienda social y fomento del turismo.

A través de este decreto, se especificó que del 70 % que prevé la ley para ANSES y el Instituto de Jubilados y Pensionados, se distribuya un 60 % para el primer organismo y un 40 % para el Instituto. Lo que correspondería a un 42 % y un 28 % del total para cada organismo. Además, detalla que del 30 % que legisla la norma en su inciso segundo se destine: el 65 % a obras de infraestructura económica; el 30 % al Fondo de Integración Socio Urbana; y el 5 % al fomento del turismo nacional. Lo que equivaldría a un 19,5 %, un 9 % y un 1,5 % del total respectivamente.

### **Resolución N° 144/19 del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca. Declara emergencia agropecuaria en la Provincia de La Pampa**

Por medio de la citada Resolución, se declaró en estado de emergencia y/o desastre agropecuario a la provincia de La Pampa por un plazo de seis meses, como consecuencia de las sequías a las explotaciones agrícola-ganaderas de lotes en departamentos del este, centro, oeste y sur de dicha provincia.

### **Disposición N° 23/2019 de la Subsecretaría de Gobierno Digital que depende de la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Implementación del DNI virtual**

Dicha norma tiene su correlato con el Decreto N° 744/19, el cual encomendó a la Dirección Nacional Del Registro Nacional de las Personas el desarrollo de las características del documento virtual, así como, los detalles de su seguridad e inviolabilidad. La Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, dependiente del Ministerio Del Interior, Obras Públicas y Vivienda, efectuó la credencial virtual del Documento Nacional de Identidad para dispositivos móviles inteligentes. Se encuentra disponible para dispositivos móviles inteligentes, a través de la instalación de la App Mi Argentina.

### **Resolución N° 243/2019 de la Agencia de Acceso a la Información Pública. Modificación del Registro “No Llame” dependiente de dicha agencia**

Mediante el mencionado registro, los usuarios de telefonía pueden manifestar su voluntad de no ser contactados por quienes publicitan, ofertan, venden o regalan bienes o servicios.

Anteriormente, el registro se encontraba bajo la órbita de la Dirección de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia de la Nación, pero con la creación de la AAIP a partir del año 2017, la misma pasó a estar bajo su jurisdicción.

Las principales modificaciones de la Resolución se enfocaron en migrar la base de datos personales que anteriormente

se encontraban bajo la órbita del Ministerio de Justicia y en agrupar todos los trámites de dicho registro dentro de la AAIP.

Además, la Resolución dictada regula los procedimientos disciplinarios iniciados contra quienes violen dicha prohibición de contacto telefónico, así como qué sujetos se encuentran habilitados para acceder al registro donde se encuentran los usuarios inscriptos.

El referido registro, había sido creado mediante la Ley de Servicios de Telefonía N° 26.951 y permite -de modo gratuito- inscribirse a través de la línea 146 (0800-444-3360) o la página web “nollame.gob.ar”.

### **Resolución N° 01/2019 Ministerio de Salud. Aprueba el nuevo Protocolo de Interrupción Legal del Embarazo**

El nuevo Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo., incorpora las modificaciones realizadas por el Código Civil y Comercial y los avances científicos validados por la Organización Mundial de la Salud respecto de la intervención. Toma en consideración tanto el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” del año 2019, sancionado por la entonces Secretaría de Salud, y rápidamente derogado por Decreto N° 785/19 del gobierno anterior, como su homónimo del año 2015.

Cabe aclarar, que el acceso a la interrupción legal del embarazo en las causales previstas en el Código Penal desde 1921 se encuentran garantizadas en el marco jurídico por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, así como, las modificaciones originadas en el Código Civil y Comercial y el fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia.

Por ello, la Resolución Ministerial del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo constituye un imperativo de la política sanitaria nacional en salud sexual y reproductiva.



**Resolución N° 1231/2019 Ministerio de Seguridad. Deroga el “Reglamento general para el empleo de armas electrónicas no Letales por parte de los miembros de las fuerzas policiales y de seguridad federales” y otras reglamentaciones dictadas por la anterior gestión**

Mediante la citada norma, la actual Ministra; derogó el “Reglamento general para el empleo de armas electrónicas no Letales por parte de los miembros de las fuerzas policiales y de seguridad federales”, anuló la creación del “Programa ofensores en trenes”, se dio fin al “Servicio Cívico Voluntario en Valores”; y, revocó la resolución que creara el “Centro de Formación de Gendarmes” de la Gendarmería Nacional.

La actual gestión, entiende que el uso de dichas armas se encontraba reglamentado de manera genérica y vaga además de no contemplar los principios que rigen la utilización del armamento letal ya que categorizaba a estas armas como “no letales”.

Por otro lado, el Servicio Cívico Voluntario en Valores, dirigido a jóvenes de dieciséis a veinte años de edad, implementado por la Gendarmería Nacional, fue suprimido entendiendo que las finalidades y funciones asignadas a la Gendarmería Nacional no guardan correlación con los objetivos y fundamentos propuestos por aquel Servicio.

También el “Programa Ofensores en Trenes” se dio por terminado, entendiendo que el mismo adoptaba medidas que criminalizaban a los trabajadores mediante un exceso de controles innecesarios e injustificados.

Finalmente se dio por terminada la resolución que creaba el “Centro de formación de gendarmes” de la Gendarmería Nacional, que tuvo como consecuencia la desafectación de la jurisdicción de la entonces Secretaría de Gobierno de Turismo, de los Hoteles 7 y 8 del Complejo Unidad Turística Chapadmalal, asignando su uso al Ministerio de Seguridad, instalando allí el espacio para dicho centro de formación, ignorando que dicho complejo había sido declarado monumento histórico nacional

con anterioridad en el año 2013. Por tal motivo, el Ministerio de Seguridad entendió que la iniciativa formativa bien debería de emplazarse en lugares que no susciten un rechazo social por afectar un monumento histórico nacional.

### **Resolución N° 8/2020 del Ministerio de Desarrollo Social. Lanzamiento del Plan Nacional “Argentina contra el Hambre”**

El programa se enmarca en el derecho convencional a la alimentación y la Emergencia Alimentaria Nacional dispuesta por la Ley N° 27.519. El mismo se compone de distintas estrategias para garantizar la asistencia alimentaria, así como, de prestaciones para comedores escolares y merenderos, con el objeto de permitir a las familias más vulnerables el acceso a los alimentos. También, el Programa creó la Tarjeta Alimentar. Dicho instrumento está destinado a madres y padres con hijos e hijas de hasta 6 años de edad que reciben la Asignación Universal por Hijo (AUH), para que accedan a la Canasta Básica Alimentaria.

El Plan Argentina contra el Hambre contempla el fortalecimiento de la economía popular, el cooperativismo y la agricultura familiar como actores centrales de estas políticas públicas.

### **Resolución N° 17/2020 Agencia Federal de Inteligencia. Dispone la reducción de la competencia criminal de la Agencia**

La resolución dictada por la interventora, ordenó que la Agencia deberá orientar todos sus esfuerzos al cumplimiento de sus funciones primordiales de producción de inteligencia nacional y producción de inteligencia criminal referida a los delitos federales complejos y contra los poderes públicos y el orden constitucional, tal como lo establece la Ley que creó la Agencia. Entre ellos, se encuentran los delitos de terrorismo, narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, ciberdelitos, los que atenten contra el orden económico y financiero, los poderes públicos y el orden constitucional.

## **Resolución General N° 4676/20 Administración Federal de Ingresos Públicos. Reglamenta los reintegros a consumidores previstos en la Ley de Emergencia**

Mediante esta normativa, la AFIP, estableció el régimen de reintegros para personas humanas que revistan la condición de consumidores finales y de estímulos para pequeños contribuyentes, priorizando a los sectores más vulnerables de la sociedad. La norma cumplimentó lo establecido en el artículo 77 de la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva. Con la sanción de la Ley N° 27541 se facultó a la AFIP a diseñar el procedimiento de reintegros para los consumidores finales que realicen las actividades reguladas en el artículo 10 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado.

En consecuencia, los contribuyentes que *realicen en forma habitual la venta de cosas muebles para consumo final, presten servicios de consumo masivo, realicen obras o efectúen locaciones de cosas muebles* y abonen por las compras de bienes muebles realizadas en comercios minoristas y/o mayoristas, tendrán la posibilidad de reintegrar un 15 % del monto de la operación. Los beneficiarios del régimen son los sujetos que perciban jubilaciones y pensiones por fallecimiento, asignaciones universales por hijo, asignaciones por embarazo y pensiones no contributivas nacionales.

## **Resolución General de la Inspección de Justicia N° 2/2020. Deroga disposiciones anteriores y establece mayores requisitos para la autorización de funcionamiento a empresas extranjeras en el país**

Esta norma impone más controles a las sociedades extranjeras que quieran operar en Argentina. De esta forma, se da marcha atrás con la desregulación de dichas figuras que se había dado durante el gobierno anterior. La citada Resolución General, deroga los cambios realizados en los últimos años y establece mayores requisitos para las sociedades constituidas en el extranjero que quieran realizar actividades en la Argentina. Todos estos cambios apuntan a dificultar el funcionamiento de

las denominadas empresas “off-shore”, aquellas constituidas en el extranjero pero con la intención de ser utilizadas exclusivamente en la Argentina.

Como nuevos requisitos para su autorización las sociedades extranjeras deberán probar -con documento firmado por funcionario de su país de origen- que la sociedad no tiene vedado en su lugar de constitución el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas. Además, deberán acreditar que su actividad empresarial y que el centro de dirección de la misma se encuentra fuera de la Argentina. Por otro lado, deberán individualizar a los socios al tiempo de la decisión de solicitar la inscripción, indicando respecto de cada socio su nombre y apellido o denominación, domicilio, número de documento de identidad, y porcentaje de participación. Para probar que la empresa realiza “actividad económicamente significativa en el exterior”, la nueva norma de IGJ establece los siguientes requisitos: -Informar si posee agencias, sucursales o representaciones vigentes en jurisdicciones extranjera; -Informar suficientemente activos en el exterior, indicando su valor según el último balance aprobado por la sociedad; -Informar si realiza inversiones en bolsa o mercado de valores, debe presentar un certificado firmado por profesional en ciencias económicas sobre las operaciones realizadas durante el último año; -Informar las participaciones en otras sociedades; -Presentar el último estado contable aprobado por la sociedad

La nueva norma también busca dificultar el anonimato cuando la sociedad extranjera está capitalizada con acciones al portador (es decir, que es dueño quien tiene físicamente las acciones, sin necesidad de asentarlos en ningún lado) o cuando cuenta entre sus socios a un fideicomiso o “trust”, ordenando que se identifique a los últimos socios o fiduciarios originales, respectivamente.

La norma también establece una prohibición general de la registración de “off-shores” que provengan de las denominadas “guardadas fiscales”, aquellas jurisdicciones o países identificados

por el Grupo de Acción Financiera como “no colaboradoras” en la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Las empresas que se vean afectadas por estas prohibiciones pueden, no obstante, elegir adecuarse completamente a la normativa argentina para poder realizar sus actividades, lo que permite mayores controles por parte de la IGJ y mayor seguridad para el estado y para los posibles acreedores de dicha sociedad frente a maniobras fraudulentas.

## **Provincia de Buenos Aires**

### **Ley N° 15164. Nueva ley de Ministerios**

En la misma jornada en que juraron las nuevas autoridades del Ejecutivo provincial, las Cámaras de Diputados y Senadores sesionaron de manera extraordinaria para tratar la nueva Ley de Ministerios n° 15.164, que deroga la Ley N° 14.989.

En la nueva conformación, la Provincia contará con 13 ministerios que se dividen: Jefatura de Gabinete de Ministros, Comunicación Pública, Desarrollo Agrario, Desarrollo de la Comunidad, Gobierno, Hacienda y Finanzas, Infraestructura y Servicios Públicos, Justicia y Derechos Humanos, Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica, Salud, Seguridad y Trabajo.

Del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros dependerán el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, el Organismo Provincial de Integración Social y Urbana (OPISU) y el Instituto Provincial de Lotería y Casinos.

A su vez, el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia seguirá dependiendo de la cartera del –ahora- Ministerio de Desarrollo de la Comunidad.

Por otra parte, la nueva Ley aclara que cada Ministerio contará con una Subsecretaría Técnica, Administrativa y Legal, que tendrá a su cargo coordinar el despacho y los aspectos legales, técnicos y administrativos de la jurisdicción respectiva,

sin perjuicio del rol que ocupa la Asesoría General de Gobierno, Junta de Disciplina y demás organismos de consulta.

### **Ley N° 15.165. De Emergencia Social, Económica, Productiva, y Energética en la Provincia de Buenos Aires**

Mediante esta ley se ratificó la emergencia en Seguridad Pública, Política y Salud Penitenciaria; Infraestructura, Hábitat, Vivienda y Servicios Públicos; y Administrativa y Tecnológica vigentes desde el anterior gobierno.

Entre los cambios que se introdujeron al proyecto original del oficialismo, la emergencia tendrá un plazo de un año, con posibilidad de extenderlo uno más, y no de dos corridos, como proponía en el proyecto original. También se fijó fecha límite para la prórroga del Presupuesto: 31 de marzo de 2020.

Las emergencias le permiten al Poder Ejecutivo reasignar partidas, congelar tarifas por 180 días, renegociar deudas con tenedores de bonos y proveedores, y poner en marcha programas de renegociación de deudas impositivas de microempresas. La ley, además crea una Comisión Bicameral para el seguimiento y control de la Emergencia. Estará integrada por tres diputados y tres senadores, con participación de las minorías parlamentarias, también contará con la presencia de la Defensoría del Pueblo, asociaciones de usuarios y consumidores, universidades y organizaciones de la sociedad civil.

### **Ley N° 15.170. Impositiva 2020**

A través de la presente norma, se establecen, las alícuotas, bases y montos impositivos de los distintos impuestos provinciales, para el año 2020. Principalmente, se refiere a los impuestos inmobiliario, automotor, e ingresos brutos. Se efectúa el revalúo de bienes a los fines de incrementar los ingresos tributarios de acuerdo a la complicada realidad fiscal de la Provincia.

### **Decreto N° 1695/2019. Aprueba la distribución de utilidades producidas por el funcionamiento de las Máquinas Electrónicas de Juegos de Azar**

El citado Decreto modifica su similar n° 356/04. Aprueba la distribución de las utilidades producidas correspondientes al Estado Provincial por el funcionamiento de las Máquinas Electrónicas de Juegos de Azar, para la adquisición de Bienes de Uso y satisfacer necesidades relativas a gastos corrientes

Así, se establece que el porcentaje mayor que llega a los 25 puntos será para el Ministerio de Desarrollo Social, seguido por el Ministerio de Seguridad (20 %), el Fondo Provincial de Educación (20 %), el Fondo Provincial de Juegos (14 %), Rentas Generales (11 %) y los Municipios (10 %).

Este último porcentaje, dirigido a los Municipios de la provincia, se distribuyen de la siguiente manera: 7 % destinado a la totalidad de los municipios, y 3 % destinado a los que cuenten en su territorio con salas de juego, en ambos casos distribuido de acuerdo al Coeficiente Único de Distribución (CUD) establecido conforme a la Ley N° 10559

### **Resolución de firma conjunta N° 01/20. Ministerio de Salud y Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual. Aprobación del Protocolo de Interrupción Legal del Embarazo**

Mediante esta resolución, se adopta el protocolo que fuera aprobado por Resolución 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación en diciembre pasado, a la cual se hace referencia en este mismo extracto.

### **Resolución N° 23/2020 Ministerio de Hacienda y Finanzas. Renegociación de Deuda Pública Provincial**

A través de la norma, derivada de la ley de Emergencia, se renegocia la deuda bonaerense a través de la emisión de títulos con vencimiento en julio de 2020. Se dispone la emisión de nuevos títulos al Fondo de Garantía y Sustentabilidad del SIPA por el monto de 265 millones de dólares para cancelar la deuda que vencía el 17 de enero de 2020.

### **Resolución N° 7/2020. Ministerio de Producción, Ciencia E Innovación Tecnológica. Creación del Programa “Buenos Aires ActiBA”**

El programa, tiene la finalidad de recabar la información necesaria para establecer las necesidades comunes de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, Pequeños y Medianos Productores, Cooperativas y Comercios, para formular políticas tendientes a fomentar el mantenimiento y la generación de empleo en el marco de la emergencia productiva declarada en el ámbito de la Provincia por Ley n° 15.165.

### **Resolución N° 20/20 Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos. Suspensión de aumentos en tarifas eléctricas.**

Mediante el dictado de la citada resolución se suspendió la aplicación de los valores de los cuadros tarifarios de las distribuidoras de energía eléctrica EDELAP S.A., EDEA S.A., EDEN S.A. y EDES S.A., y de referencia del ÁREA RÍO DE LA PLATA, ÁREA ATLÁNTICA, ÁREA NORTE y ÁREA SUR, oportunamente aprobados por Resolución n° 1713/19.

La medida se dicta en el marco de la Ley n° 15.165 de emergencia social, económica, productiva, y energética, que facultó al Poder Ejecutivo a suspender los aumentos tarifarios por el período mencionado, durante el cual se realizará un proceso de renegociación de la Revisión Tarifaria Integral (RTI) vigente; y, le encomendó el análisis y revisión integral del marco regulatorio aprobado por Ley n° 11.769.

*Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:*

[www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)

*Instagram:* [palabrasdelderecho](https://www.instagram.com/palabrasdelderecho)

[www.facebook.com/palabrasdelderecho/](https://www.facebook.com/palabrasdelderecho/)

*Twitter:* [@palabrasdelderecho](https://twitter.com/palabrasdelderecho)



**COMENTARIO  
A JURISPRUDENCIA**



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*

Obra: *Descenso a los infiernos III (Desesperación)*  
(acrílico sobre tela, 70x50 cm)

## Las cosas descansan

*Las cosas descansan a la sombra  
de sus nombres, decía Octavio Paz*

Llegará la hora de la “concordia?”. De “apaciguar”. De hacer la “transición”? No. La transición nunca llega. No hay tregua con los contadores ni con los conserjes ni con los que tiraban el gas en la “ducha”. No la hay. No hay punto de encuentro. Vivimos y moriremos separados. Entra a la sala en silla de ruedas y con la cara tapada con una cartulina roja: Bruno Dey. Y nadie dice que juzgar a Dey en los tribunales de Hamburgo es “inhumano”. Es “revancha”. O es “relato”. Stutthof. Cara y cruz. Pero la moneda es siempre la misma. “Libertad” para “opinar” en Alemania. Libertad para “opinar”. “No fueron tantos”.

En Argentina, la palabra relato se empezó a usar en los medios no en cualquier lado sino sobretodo como contraste de la palabra Memoria. Memoria es lo que no quieren.

Sophie Soll habrá tenido padres parecidos a los míos? Con esa melodiosa indiferencia elegante que no hace que uno los quiera arrinconar casi como participantes necesarios que lo fueron: todos de esos que dicen „no pueden hablar de otra cosa“ (que no sea la dictadura)

sera que acaso les parece poco?  
sera que de eso „no se habla“?  
sera que insistimos demasiado  
o volvemos  
sobre “eso“, donde  
eso es algo que incomoda?

*No pueden hablar de otra cosa.*

“les lavaron la cabeza“ son “fanáticos“

”talibanes“. CONICET. Becas. Estudiar afuera. Huir. Escapar de acá. Skype. *Ollas no*.

Graciela Fernandez Meijide no se da cuenta que  
El conserje de la Universidad de Munich que ordenó cerrar las  
puertas esa tarde  
Era parte de una textualidad de la que ella también participa? No ve que  
*Clarín La Nación Die Welt Frankfurt Allgemeine Zeitung El País*  
El Comercio El Mercurio es como ese habil conserje que ve los  
panfletos cayendo en el patio de la universidad y  
También cierra las puertas. Llama por teléfono para que otros  
nos busquen y nos den puntadas. Hizo ese llamado (construye  
ese llamado, legítima), mirando en la oscuridad de su cabina.  
Funcionarios. Participamos todos de un texto con ramificaciones.

Y por qué los incomoda?

Por qué les molesta en todo caso que hablemos siempre de lo  
mismo? Para el caso

Cuál es el tronco que subyace a las ramas?

Cómo me saco el barro de los pies?

Dónde estaba escondido (maniatado) el supuesto y tantas veces  
alegado *deber de informar*, todos esos años? Son los mismos (que  
no informaron el Apagón de Ledesma) que hoy cuestionan la  
memoria por “incompleta“. Por ser demasiado “parcial“.

Völkischer Beobachter.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*



# La imprescriptibilidad del derecho a obtener reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad

*The imprescriptibility of the right to obtain full reparation for victims of crimes against humanity*

*A imprescriptibilidade do direito de obter reparação integral das vítimas dos crimes de humanidade lesa*

*L'imprescriptibilité du droit d'obtenir une réparation integrale pour les victimes des crimes contre l'humanité*

全面获得对莱萨人的犯罪受害者的赔偿权不容侵犯

Nerina Da Rin<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e368>

ORCID: <https://orcid.org/>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

**Resumen:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un nuevo estándar convencional en reciente jurisprudencia: la imprescriptibilidad del derecho a reparación integral en los aspectos civiles del daño ocasionado por delitos de lesa humanidad, a las víctimas de delitos

---

<sup>1</sup> La autora es Abogada (UCA), doctoranda (UBA). Profesora Adjunta de Derechos Humanos y Garantías. Medios de Protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Facultad de Derecho UBA. Directora Ejecutiva del Centro de Análisis y Aplicación de Control de Convencionalidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

de lesa humanidad. Ello en consonancia con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

**Palabras claves:** prescripción; reparación integral; delitos; lesa humanidad

**Abstract:** The Inter-American Court of Human Rights has established a new conventional standard in recent jurisprudence: the non-applicability of statutory limitations to the right to full reparation in the civil aspects of the damage caused by crimes against humanity, to the victims of crimes against humanity. This is in line with the evolution of international human rights law.

**Keywords:** statute of limitations; integral reparation; crimes; lesa humanity

**Resumo:** A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu um novo padrão convencional em jurisprudência recente: a imprescritibilidade do direito à reparação integral em os aspectos civis do dano causado por crimes contra a humanidade às vítimas de crimes contra a humanidade. Isso de acordo com a evolução do direito internacional dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** prescrição; reparação integral; crimes; lesa humanidade

**Résumé:** La Cour interaméricaine des droits de l'homme a établi un nouveau standard dans la jurisprudence récente: l'imprescriptibilité du droit à une réparation civile globale de ces dommages causés par les crimes contre l'humanité aux ses victimes. Ceci, en ligne avec l'évolution du droit international des droits de l'homme.

**Mots clés:** prescription; réparation integrale; crimes; crimes contre l'humanité

**摘要:** 美洲人权法院在最近的判例中建立了一个新的常规标准:对危害人类罪受害者的危害人类的民事方面的全面赔偿权是不可剥夺的。这与国际人权法的发展保持一致。

**关键词:** 处方, 全面维修, 犯罪, 人类社会

## 1. Introducción

El Derecho Internacional se ocupa en sus diferentes perspectivas y enfoques de las cuestiones relativas a los delitos de lesa humanidad.<sup>2</sup>

Así, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se atienden la cuestiones que tutelan y protegen los derechos de las víctimas de estos delitos: el derecho a saber o derecho a la información, el amparo judicial o derecho de acceso a la justicia y a las garantías judiciales, el derecho a obtener reparación integral que involucra: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Delitos de lesa humanidad: Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: ... art. 6 "...c) *CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.*" [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor internacional el 11 de noviembre de 1970. "Artículo 1.... b) *Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.*" También ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7 y concordantes.

<sup>3</sup> Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 2005. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a normas del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Principio 15.

Por su parte, el Derecho Penal Internacional persigue a los autores de delitos internacionales, ya sean de lesa humanidad, genocidio, apartheid, de agresión, o crímenes de guerra y aplica penas a individuos.

Cada uno de estos ámbitos del derecho internacional, si bien tienen finalidades específicas, son también complementarias, ya que ambas persiguen la no repetición de estos gravísimos crímenes contra la humanidad.

## **2. Evolución del derecho a la reparación**

En materia del reconocimiento de los derechos humanos podemos señalar una constante evolución, con el fin de asegurar más derechos a mayor número de personas. Esta es una característica de los derechos humanos y se conoce como su desarrollo progresivo. Este progreso consolida los derechos humanos reconocidos que, entonces, ya no pueden ser reducidos o desconocidos. Esto es consecuencia del principio pro persona y de prohibición de regresividad de los derechos humanos.

En este sentido, el derecho a reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad ha evolucionado con el correr del tiempo y ha consolidado su reconocimiento y ejercicio. Esta evolución se pone de manifiesto en el reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile. Sentencia de 29 de Noviembre de 2018.

La Corte hizo un análisis sistemático, teleológico y evolutivo del derecho a reparación integral de las víctimas de delitos de lesa humanidad y estableció estándares regionales que se fundan en los desarrollos actuales del derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión central en este caso fue establecer si el estado demandado, la República de Chile, era responsable internacionalmente por haber aplicado la prescripción civil en los casos



de reclamos de indemnizaciones civiles por las consecuencias de delitos de lesa humanidad. Lo que dejó sin reparación a las víctimas en el sistema judicial chileno. La falta de tutela primaria abrió la posibilidad de acceso a la justicia en el sistema subsidiario de medios de protección, conforme está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos. En este proceso la Corte IDH dictó la sentencia que a continuación se analiza.

El análisis evolutivo que la Corte IDH realizó, estableció que la comunidad internacional está interesada tanto en la persecución penal de estos crímenes internacionales, como en la reparación integral a las víctimas de tales delitos incluyendo la indemnización civil.

El interés destacado dentro de la reparación integral por tales gravísimos delitos forma parte del orden público internacional que obliga a los estados parte del sistema interamericano a aplicar el nuevo estándar en ejercicio del control de convencionalidad.

### ***2.1. La imprescriptibilidad del derecho a reparación integral en los delitos de lesa humanidad como norma imperativa del derecho internacional***

La persecución de los delitos de lesa humanidad resulta ser una norma imperativa del derecho internacional o norma de *ius cogens*<sup>4</sup>. Los estados no pueden apartarse de ella sin incurrir en responsabilidad internacional. Por lo que se puede afirmar que las reglas del derecho de gentes sobre los delitos de lesa humanidad forman parte del orden público internacional.

---

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969. Artículo 53 "Tratados que están en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general (*ius cogens*). ...Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

De modo tal que si se traza una línea temporal sobre la evolución de este principio general, hoy estándar, desde su aplicación desde 1945 en el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg, que luego se reitera y amplía en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también en 2005 en los “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y a Obtener Reparaciones”<sup>5</sup> y en el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”<sup>6</sup>.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>7</sup>, en su preámbulo afirma,

*“... que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...”*

Los Principios Básicos de Protección a las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y a Obtener Reparaciones, se enfocan en los principios reparatorios. Señalan estándares que los estados parte del sistema de las Naciones Unidas deben

<sup>5</sup> Naciones Unidas, Resolución 60/147 de la Asamblea General.

<sup>6</sup> Naciones Unidas Distr. GENERAL E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de Febrero de 2005. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

<sup>7</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

cumplir en sus respectivas jurisdicciones cuando se trate de la reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de delitos de lesa humanidad.

En este sentido, sobre la prescripción, en el principio 6 se establece que:

*“6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional”.*

Luego, en el principio 15 se establece la obligación de reparar el daño de manera adecuada:

*“15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima...”*

En materia de impunidad, los principios de Naciones Unidas también se ocupan de la prescripción y la imprescriptibilidad:

El principio 23, *“...La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica,*

*la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación...”.*

Luego, en el principio 32, referido a los procedimientos para obtener reparación, se indica que

*“32.Tanto por la vía penal como por la vía civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible que incluirá las restricciones que a la prescripción impone el principio 23.”*

Las reglas centrales sobre prescripción en este sistema de principios son

- No puede correr la prescripción cuando faltan los recursos eficaces del estado a disposición de las víctimas;
- Imprescriptibilidad de los delitos graves del derecho internacional, como norma imperativa del derecho internacional;
- Imprescriptibilidad del derecho a resarcimiento por daños civiles y no caducidad de las acciones civiles o administrativas para obtener reparación por parte de las víctimas de delitos de lesa humanidad.

La responsabilidad estatal por la falta de amparo judicial de los delitos de lesa humanidad y sus consecuencias, tiene su fuente jurídica en el derecho internacional, tanto en los principios generales, como la costumbre internacional, los tratados, la jurisprudencia y la doctrina.

### ***Jurisprudencia internacional: Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile. Sentencia de 29 de noviembre de 2018***

Esta sentencia ha esclarecido los estándares convencionales para la protección del derecho a la reparación de las víctimas de los delitos de lesa humanidad.

La Corte recordó, en esta oportunidad, que en su jurisprudencia anterior se ha referido *al amplio contenido del derecho de acceso a la justicia y a las garantías judiciales reconocidas*

en la CADH en los artículos 8.1. y 25., en relación con los artículos 1.1. y 2.

“77. En particular, en casos de graves violaciones de derechos humanos y de manifiesta obstrucción de justicia, este tribunal ha considerado que “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción [penal], así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado de conductas cuya gravedad hacen necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”. Tales institutos jurídicos o disposiciones son inadmisibles cuando “pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>8</sup>.

*“78. En relación con lo anterior este Tribunal es consciente de los desarrollos que existen en el Derecho Internacional en materia de aplicabilidad del instituto jurídico de la prescripción a acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones de derechos humanos.”*

En considerandos siguientes el tribunal analizó sistemática, evolutiva y teleológicamente, el derecho a reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y en especial

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Órdenes Guerra y Otros vs. Chile. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Fondo Reparaciones y Costas)

Corte IDH Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2010. Serie C Nº 217, parr. 207.

Corte IDH Caso Barrios Altos Vs Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001 Fondo, Reparaciones y costas. Serie C Nº 75, parr 41, y Caso Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 15 de marzo de 2018. Serie CN353, parr. 288.

enfocó el instituto de la prescripción en estos casos. Señaló, tanto el cambio en la jurisprudencia chilena, sobre la actual aplicación de la imprescriptibilidad, como también el caso del Consejo de Estado de Colombia, que ha inaplicado el plazo de caducidad de las acciones por daños, ponderando entre la seguridad jurídica y el imperativo de brindar reparación del daños ocasionado por delitos de lesa humanidad, cede el primero.

En este contexto regional también hizo notar que la reforma del Código Civil y Comercial de la Argentina en vigencia, establece en su artículo 2561 que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Destacó en los antecedentes del caso a los argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), que consideró:

*“88. La razón de ser de la inconvencionalidad de aplicar la figura de la prescripción de la acción penal en casos de graves violaciones de derecho humanos se relaciona con el carácter fundamental que tiene el esclarecimiento de los hechos y la obtención de justicia para las víctimas. Por ello la Comisión señaló que no encuentra razones para aplicar un estándar distinto a un aspecto fundamental como es la reparación en este tipo de casos, por lo cual las acciones judiciales de reparación del daño causado por crímenes internacionales no debería estar sujeta a prescripción. En razón de las fechas en que ocurrieron o comenzaron a ocurrir, la Comisión consideró que las violaciones primarias respecto de las cuales las víctimas de este caso buscan reparación, todas a partir de septiembre de 1973, hacen parte de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, por la cual la aplicación de la figura de la prescripción a sus acciones de reparación constituyó un obstáculo en el acceso afectivo a la justicia para hacer efectivo su derecho a ser reparadas.”.*

La Corte IDH sostuvo que:

*95. “...para considerar imprescriptibles las acciones civiles de reparaciones por daños ocasionados en hechos*

*calificados o calificables como crímenes contra la humanidad, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema [de Chile], son aplicables a cualquier acción civil, independientemente de si esta es resarcitoria en el marco de un proceso penal o si es una demanda en la vía civil propiamente dicha. Es decir, tal imprescriptibilidad se justifica en la obligación del Estado de reparar por la naturaleza de los hechos y no depende por ello del tipo de acción judicial que se busque hacer valer”... (96.) “...la Comisión consideró que las vías de reparación administrativa y judicial son complementarias y no excluyentes...”.*

Se configura así un nuevo estándar convencional que debe ser tenido en cuenta al momento de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y que resulta obligatorio para los estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Lo que implica que no es posible para los Estados parte de la CADH, sus tribunales y demás órganos y poderes estatales, desconocer la imprescriptibilidad del derecho a la reparación civil por daños ocasionados en hechos calificados o calificables como crimen contra la humanidad, independientemente de si esta es resarcitoria de un proceso penal o si es una demanda independiente en la vía civil.

El estándar del caso *Ordenes Guerra y otros vs. Chile.*, se constituye en fuente del derecho internacional de los derechos humanos en el orden regional y debe ser aplicado en ejercicio del control de convencionalidad, obligación de todos los Estados parte del sistema interamericano.

El reconocimiento del derecho imprescriptible a la reparación integral por crímenes contra la humanidad nace de un interés internacional específico, orden público internacional, que está expresado en tratados, normas, principios generales jurisprudencia y doctrina, y que tiene especial interés en prevenir las repeticiones de estos delitos gravísimos.





# La ponderación en la aplicación judicial del derecho (Pequeño boceto histórico y teórico)<sup>1</sup>

*The weighting in the judicial application of the law (Small historical and theoretical sketch)*

*A ponderação na aplicação judicial do direito (Pequeno esboço histórico e teórico)*

*La pondération dans l'application judiciaire de la loi (Un petit croquis historique et théorique)*

法律司法适用中的权重(小幅历史和理论图)

*Alejandro González Monzón*<sup>2</sup>

Universidad de La Habana - Cuba

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e369>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2612-7267>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

**Resumen:** En el presente trabajo se realiza un análisis de la ponderación atendiendo a sus dimensiones históricas y teóricas. En esta dirección, se abordan las particularidades de la configuración de esta forma básica de aplicación del derecho en la jurisprudencia estadounidense y sus directrices conceptuales más relevantes.

---

<sup>1</sup> Agradezco profundamente los valiosos y esclarecedores comentarios realizados por el profesor Dr. Carlos J. BRUZÓN VILTRES a la primera versión de este trabajo.

<sup>2</sup> Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Juez de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo; Tribunal Provincial Popular de La Habana; [alejandro.gonzalez@lex.uh.cu](mailto:alejandro.gonzalez@lex.uh.cu)

**Palabras clave:** ponderación, principios, discrecionalidad, racionalidad, constitucionalización del derecho.

**Abstract:** In the present work, an analysis of the weighting is made taking into account its historical and theoretical dimensions. In this direction, the particularities of the configuration of this basic form of application of the law in American jurisprudence and its most relevant conceptual guidelines are addressed.

**Keywords:** weighting, principles, discretion, rationality, constitutionalization of law.

**Resumo:** No presente trabalho é realizada uma análise da ponderação de acordo com suas dimensões históricas e teóricas. Nesse sentido, são abordadas as particularidades da configuração dessa forma básica de aplicação do direito na jurisprudência dos EUA e suas diretrizes conceituais mais relevantes.

**Palavras-chave:** ponderação, princípios, discricção, racionalidade, constitucionalização do direito.

**Résumé:** Dans le présent travail, on fait une analyse de la pondération en fonction de ses dimensions historiques et théoriques. Pour cela, on aborde les particularités de la configuration de cette forme fondamentale d'application du droit dans la jurisprudence américaine et ses directives conceptuelles les plus pertinentes.

**Mots clés:** pondération, principes, discrétion, rationalité, constitutionnalisation du droit.

**摘要:**在本工作中,根据权重的历史和理论维度对权重进行了分析。在这个方向上,解决了美国法学中这种基本的法律适用形式的配置及其最相关的概念性指南的特殊性。

**关键词:**权重,原则,酌处权,合理性,法律宪法化。

---

## I. Introducción

La alusión a la ponderación es un ejercicio habitual en la teoría jurídica y en la práctica judicial de los tiempos actuales. No obstante, y a pesar de su reiterado uso por parte de los

tribunales (tanto declarado como implícito), principalmente ante conflictos que involucran derechos fundamentales, valores o bienes constitucionales, se hace latente que aún el tema no ha alcanzado la madurez teórica que es posible apreciar respecto a otras instituciones y conceptos integrantes de la ciencia del derecho. Uno de los escollos que se elevan en este sentido lo constituye la frecuente falta de organicidad analítica en los estudios dedicados al tema. De inicio, se hace necesario dejar sentado, siguiendo a MARTÍNEZ ZORRILLA, que el análisis de la ponderación exige la diferenciación de tres dimensiones teóricas, a saber: a) una dimensión estrictamente *conceptual* (qué se entiende por ponderación o en qué consiste este mecanismo que llamamos ponderación); b) una dimensión *metodológica* (cómo se lleva a cabo la ponderación y cuál es el resultado a que ésta da lugar); y c) una dimensión *normativa* (cómo debe ponderarse o, en otras palabras, qué condiciones o criterios deben satisfacerse a la hora de ponderar para que el resultado del proceso pueda considerarse correcto o justificado.<sup>3</sup> El presente trabajo se propone desarrollar, en sus líneas esenciales, los contenidos de las dimensiones a) y b).<sup>4</sup>

Resulta incontrovertible el hecho de que las disertaciones sobre la ponderación han encontrado en la teoría jurídica contemporánea una ostensible carta de naturalización. A pesar de la amplia bibliografía que acumula el tema, quedan aún puntos de sombra, ajenos a cualquier vestigio de consenso doctrinal. Un repaso somero del estado del arte al respecto arroja la configuración de los posicionamientos más disímiles. Desde la aceptación incondicional hasta la negación absoluta, pasando por un amplio catálogo de criterios matizados, la reflexión sobre la

---

<sup>3</sup> Cfr. MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley," en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 86, Madrid, mayo-agosto de 2009, pp. 119-120.

<sup>4</sup> Un primer acercamiento al tema en GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *Los principios generales del Derecho: una manifestación de la complejidad del fenómeno jurídico*, Editorial Leyer, Bogotá, 2018, pp. 272-274.

ponderación se ha convertido en un lugar común a partir del cual es posible concebir esquemas *iusfilosóficos* más amplios, generalmente vinculados con la teoría de las normas jurídicas. En efecto, la posibilidad y virtualidad de la ponderación en los esquemas teóricos depende de la aceptación de la existencia de los principios, lo que obviamente supone una particular concepción de las normas jurídicas y, a su vez, una visión *iusfilosófica* específica, alejada del positivismo formalista.

En términos generales, la ponderación es definida como una de las formas básicas de aplicación de las normas, esto en el entendido de que a través de ella se aplican los principios, mientras que a través de la subsunción se aplican las reglas. No obstante, y más allá de los contornos de la aplicación del derecho propiamente dicha, la ponderación supone importantes incidencias en lo relativo a la interpretación y a la argumentación en sede jurídica. Es por esta razón que su máxima realización acontece en el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente en las lides de las cortes supremas y las cortes constitucionales, en cuya misión se inserta la interpretación y aplicación de normas (de conjunto con el despliegue argumentativo que esto entraña) que, como es el caso de los derechos fundamentales, presentan un estructura principal.

Si bien la ponderación cobra relevancia en todos los escenarios en los que se haga necesaria la aplicación de un principio, en tanto estos no pueden ser asumidos, tal cual lo son las reglas, como mandatos que se aplican a un caso concreto en términos de *todo o nada*, sino como normas cuyas posibilidades de realización dependen de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas y jurídicas, lo que supone una indiscutible gradación en el extensión de su contenido (pueden cumplirse en diversos grados), es lo cierto que su instrumentación más evidente tiene lugar en la solución de los episodios de colisión principal, los que a su vez tienen en el ámbito constitucional su entorno natural. En dicho ámbito se impone la ponderación tanto en los supuestos de colisión entre dos (o más) principios

constitucionales, es decir, con regulación en el texto constitucional, como en los predios del control de constitucionalidad respecto a las disposiciones normativas de jerarquía inferior que, potencialmente, restringen o contravienen un bien jurídico constitucionalmente tutelado. En esta última dimensión, el contexto en que se requiere de la ponderación, que no es otra cosa que un caso judicial, puede asumir dos grandes vertientes en relación con las diferencias entre los modelos clásicos de jurisdicción constitucional. Así, en los modelos de control concentrado, en los que las cortes constitucionales tienen la preminencia en la determinación de la legitimidad constitucional respecto a las leyes u otras disposiciones normativas inferiores, los resultados de la ponderación estarán referidos a casos en abstracto, esto es, a clases de casos. En otro sentido, en los modelos de control difuso, en los que todos los jueces pueden ejercer efectivamente el control de legitimidad constitucional, los resultados de la ponderación, que ha de tener lugar en una controversia entre dos partes procesales bien definidas, estarán referidos a casos específicos, en los que la misión del juez no es otra que la de resolver una controversia particular.

De lo dicho es fácil advertir que la ponderación es expresiva de relevantes debates teóricos y de problemáticas prácticas acuciantes. No es la ponderación una de esas figuras cuyo desarrollo ha quedado circunscrito por los muros de la academia. Todo lo contrario. La dinámica actual de la interpretación, la aplicación y la argumentación del derecho, específicamente en la jurisdicción constitucional, tiene en la ponderación uno de sus espacios más recurridos. Desde un prisma aún más general, es plausible sostener que existen vínculos estrechos entre la ponderación y la dinámica democrática, pues la primera entraña, además de una noción racional de los parámetros interpretativos, aplicativos y argumentativos respecto a las normas constitucionales,<sup>5</sup> la asunción de un modelo de juez despegado

---

<sup>5</sup> Cfr. BARAK, Aharon, *Purposive interpretation in Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2005, pp. 3-60.

del automatismo,<sup>6</sup> y la factibilidad de limitar las libertades y los derechos fundamentales como uno de los requerimientos de la sociedad políticamente organizada.

Como ha señalado Aharon BARAK:

“(...) A nivel constitucional, la ponderación permite la existencia continua dentro de una democracia de principios o valores en conflicto, al tiempo que reconoce su inherente situación de conflicto constitucional. A nivel infraconstitucional, la ponderación proporciona una solución que refleja los valores de la democracia y las limitaciones que la democracia impone al poder de la mayoría de restringir a los individuos y a las minorías que habitan en ella (...).”<sup>7</sup>

El profesor Robert ALEXY también concibió esta correlación, tomando como epicentro el ya referido tópico del control de constitucionalidad:

“(...) La cuestión de la ponderación es el principal problema de la dimensión metodológica del control de constitucionalidad. El asunto central de su carácter institucional puede formularse preguntando cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento. Esta pregunta nos coloca ante el eterno problema de la relación entre el control de constitucionalidad y la democracia (...).”<sup>8</sup>

Como ha sido descrito en reiteradas ocasiones por la doctrina, los textos constitucionales contemporáneos, no limitados a fungir en exclusiva como fundamentos formales y procedimentales de la producción del derecho ordinario, contienen amplios

---

<sup>6</sup> Apud BARAK, Aharon, *The judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, New Jersey, 2008, pp. 164-174.

<sup>7</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Traducción de Gonzalo Villa Rosas, Palestra Editores, Lima, 2017, p. 381.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert, “La ponderación, el control de constitucionalidad y la representación,” en ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Coordinación de Gonzalo Villa Rosas, Editorial Palestra, Lima, 2019, p. 187.

catálogos de principios, que irradian y condicionan el sentido del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y que en su desarrollo aplicativo pueden entrar en conflicto. Es decir, en la práctica constitucional se producen constantes interferencias entre los respectivos ámbitos de realización de dichos principios. En esta dirección, la legitimación instrumental de la ponderación radica en la aceptación de la insuficiencia de la concepción estándar de la aplicación del derecho (concebida en derredor del modelo subsuntivo) para brindar una respuesta racional a los conflictos que se pueden generar entre principios constitucionales, con la peculiaridad de que en estos supuestos no puede seguirse un discernimiento que esgrima la validez como criterio de solución. Como se desarrollará más adelante, la resolución de los conflictos entre principios no puede ser realizada con los axiomas que se utilizan para solucionar los conflictos entre reglas. Así, si la subsunción trata de determinar la norma individual que establece una consecuencia normativa puntual para un caso individual, explicitando que dicho caso individual está lógicamente comprendido en un caso genérico al que una norma jurídica aplicable enlaza con una consecuencia normativa, ¿cómo afrontar la realidad de que las razones jurídicas ofrecidas por determinadas normas jurídicas no son siempre concluyentes?<sup>9</sup>

## **II. Sobre el surgimiento de la ponderación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América**

El protagonismo judicial, especialmente en los contornos del Tribunal Supremo, es una de las características distintivas del sistema político norteamericano.<sup>10</sup> Este protagonismo, lejos de

---

<sup>9</sup> Cfr. MORESO, José Juan, "Prólogo," en MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 155.

<sup>10</sup> *Apud* PÉREZ AYALA, A, "Para conocer mejor el constitucionalismo norteamericano," en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 82, Madrid, enero-abril de 2008, pp. 418 y

ser esporádico o incidental, constituye uno de los ejes centrales de la dinámica estructural de la vida política y jurídica de los Estados Unidos de América desde sus tiempos fundacionales, cuestión que fue advertida por Tocqueville en su famosa obra *La democracia en América*.<sup>11</sup>

En palabras de este autor francés:

“(…) En manos de los siete jueces federales<sup>12</sup> descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión. Sin ellos, la Constitución es letra muerta; a ellos es a quienes apena el poder ejecutivo para resistir las usurpaciones del poder legislativo; la legislatura, para defenderse de las obras del poder ejecutivo; la Unión, para hacerse obedecer de los Estados; los Estados, para rechazar las pretensiones exageradas de la Unión; el interés público contra el interés privado; el espíritu de conservación contra la inestabilidad democrática. Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consiente en obedecer a la ley; no pueden nada, cuando él

---

ss. Una visión crítica al respecto es la sostenida por Luis Fernando TORRES, quien analiza la cuestión en los términos siguientes: “(…) una de las mayores conquistas del civismo democrático y republicano fue la de haber pasado del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. El constitucionalismo estadounidense se desarrolló alrededor de esa gran conquista conceptual, socavada, lamentablemente, por el recurrente activismo judicial del Tribunal Supremo, cuyos jueces, en no pocas sentencias, interpretaron la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de los derechos y los principios constitucionales. El activismo judicial (...) se convirtió (...) en el pretexto para que los jueces desconozcan el valor y la eficacia de las leyes e incursionen en el proceso político. Así, del gobierno de las leyes, en el que soñaron los fundadores de la república, se ha retornado al gobierno de los hombres, esta vez, togados y vestidos de negro (...)” TORRES, Luis Fernando, “El activismo judicial en la era neoconstitucional,” en *Iuris Dictio*, año 13, vol. 15, enero-junio de 2013, p. 66.

<sup>11</sup> TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

<sup>12</sup> En los tiempos en que TOCQUEVILLE redactó su trabajo (1835-1840), el Tribunal Supremo estaba integrado por siete jueces. Originalmente, la *Judiciary Act* de 1789 fijó en seis los miembros de este órgano de justicia. Después de varias modificaciones, la *Circuit Judges Act* de 1869 estableció que serían nueve los jueces integrantes de la suprema magistratura, un juez presidente (*Chief Justice*) y ocho jueces asociados (*Associate Justices*), composición que se encuentra vigente en la actualidad.



la desprecia. Ahora bien, el poder de opinión es aquel del que es más difícil hacer uso, porque es imposible decir exactamente dónde se hallan sus límites. Es a menudo tan peligroso permanecer más acá de este extremo como sobrepasarlo (...).”<sup>13</sup>

La posibilidad del Tribunal Supremo de declarar nulo cualquier precepto legal contrario a la Constitución, en el entendido de que la protección de la supremacía de la ley fundamental es equivalente a la protección de la voluntad del pueblo soberano, de un sujeto originario superior al mismo legislador,<sup>14</sup> de la mano de la fuerza vinculante de sus fallos para los tribunales inferiores, supone que sus pronunciamientos sean tan decisivos que se ha podido decir, tal y como recuerda García Pelayo citando a Hughes, que los norteamericanos están bajo la Constitución, “(...) pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es (...)”<sup>15</sup> De este modo, y en referencia al escaso número de Enmiendas que posee el magno texto de 1787, es que puede sostenerse que “(...) el Tribunal Supremo ha actuado como una convención constitucional continua, de modo que casi se puede decir que la Constitución es enmendada todos los lunes, por la mañana, cuando el Tribunal Supremo toma sus decisiones (...)”<sup>16</sup>

El fenómeno de la ponderación, como método empírico de solucionar conflictos de intereses jurídicamente tutelados, tiene su origen más estructurado en la creación jurisprudencial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos enmarcada en el segundo cuarto de la pasada centuria.<sup>17</sup> En este contexto, dicho

---

<sup>13</sup> TOCQUEVILLE, *La democracia...*, op. cit, p. 75.

<sup>14</sup> Cfr. FIORAVANTI, M, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 146.

<sup>15</sup> GARCÍA PELAYO, M, *Derecho Constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, s/a, p. 354.

<sup>16</sup> GARCÍA PELAYO, M, *Derecho Constitucional...*, op. cit, p. 354.

<sup>17</sup> No se desconoce con esta afirmación el derrotero evolutivo de la ponderación desde la cuerda argumentativa del exámen de proporcionalidad, desarrollado fundamentalmente por los tribunales alemanes al tenor de los conflictos acontecidos en ocasión de la reivindicación y ejercicio de los derechos individuales frente a los poderes del Estado. Fue en la dinámica

evolutiva del Derecho Administrativo del siglo XIX alemán que cobró fuerza definitiva el principio de proporcionalidad. El epicentro de este fenómeno de materialización se encuentra en el discurso sobre los derechos públicos subjetivos, que afianzó la concepción sobre la satisfacción de los intereses personales como uno de los fines fundamentales del ejercicio del poder público. Así, cualquier intromisión estatal en el espacio de la libertad individual debía ser proporcionada. Como consecuencia, la doctrina *iusadministrativa* alemana sobre el poder de policía ha desarrollado notablemente lo relativo al principio de proporcionalidad. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la visión de Otto MAYER, para quien: "(...) el poder de policía no actúa sobre los que están sometidos a su jurisdicción sino *en tanto* que la perturbación emane de ellos. El fundamento del poder de policía en el derecho natural exige que la defensa esté en *proporción* con la perturbación; de este modo se fija la *medida* de la potestad de la policía. No cabe presumir que la ley, mediante las autorizaciones generales en virtud de las cuales procede la autoridad policial, haya querido permitir una defensa que exceda a esta medida natural. Así, pues, esta medida natural adquiere la importancia de un límite jurídico serio (...)." MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, tomo II, Parte Especial, Poder de Policía y Poder Tributario, Traducción del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 31. En sentido similar se pronunció Adolfo MERKL: "(...) el principio de la proporcionalidad en la defensa, requiere que la intervención policíaca guarde proporción con el mal que trata de evitar. Además, se impone como obligación de la autoridad la elección de aquellos medios que menos daño produzcan a los derechos e intereses de los individuos. En una palabra, la policía tendrá que actuar con el mayor número posible de consideraciones y cuidados (...)." Seguidamente, este autor desarrolla una crítica al enfoque *iusnaturalista* que lo separa radicalmente de la posición de MAYER: "(...) semejantes principios no alcanzan carácter jurídico más que si son contenidos en preceptos jurídicos que, efectivamente, impongan a la policía esos límites. De otro modo, esos principios, aunque muy apreciables por su contenido, no pasan de ser derecho natural individualista (...)." MERKL, Adolfo, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 326. Más recientemente, autores como Hartmut MAURER utilizan el principio de proporcionalidad como criterio de límite en el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública: "(...) los derechos fundamentales y los principios generales de la actuación administrativa, en especial los de necesidad y proporcionalidad, son límites objetivos de la discrecionalidad, pero también elementos para una adecuada ponderación en el ejercicio de la misma. Su vulneración vicia la decisión discrecional (...)." En un momento más avanzado de su obra este tratadista dejó en claro que: "(...) el principio de proporcionalidad en sentido amplio se deduce del Estado de derecho y ha de ser observado en todo momento. No rige únicamente para la administración sino también para el Legislativo y contribuye, en general a la determinación de los límites de los derechos fundamentales en cuanto mandato de ponderación entre la acción de libertad de los particulares y el interés público limitador de esa libertad (...)." MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, Editorial de la UNAM, México DF, 2012, pp. 139 y 250. Otro antecedente remoto de la ponderación se identifica en la letra del artículo 7 del Código civil austriaco de 1811, que de manera clara dispuso que: "(...) si no se puede decidir un caso jurídico, ni según la literalidad de la ley, ni según el sentido natural de la misma, entonces deben ser tenidos en cuenta lo determinado por la ley en casos análogos y los fundamentos

órgano jurisdiccional judicial tuvo que instrumentar estrategias de legitimación en lo tocante a la interpretación constitucional de cara a la inestabilidad económica que afrontó el país y motivó la ejecución del *New Deal*.<sup>18</sup>

---

de otras leyes semejantes. Si resultare aún dudoso el caso, debe ser decidido, de acuerdo con las *circunstancias* cuidadosamente recogidas y *reflexivamente ponderadas*, según los principios del Derecho Natural (*Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden*) (...).” Un detenido análisis sobre el tema en BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 55-69.

<sup>18</sup> Entre los años 1934 y 1936 la Corte Suprema de los Estados Unidos, insuflada de un fuerte carácter conservador respecto al liberalismo absoluto, se opuso reaciosamente a las medias instrumentadas por el presidente ROOSEVELT en ocasión de su programa de reformas sociales. El propio mandatario sostuvo en una oportunidad que: “(...) cuando tomé posesión de mi cargo, el 4 de marzo de 1933, me sentía seguro de que los dos poderes del Gobierno que son electivos, el ejecutivo y el legislativo, estaban unidos en su determinación de enfrentarse, de una forma valiente, a través de la acción y la experimentación a la nueva crisis que se había desarrollado en nuestra vida nacional. Yo, por supuesto, no conocía cuál sería la actitud del tercer poder, el judicial. Sus miembros eran designados y no elegidos. Una mayoría del Tribunal Supremo, previamente había mostrado una actitud hacia los temas sociales y económicos que era contraria a la filosofía del New Deal (ROOSEVELT, Franklin D, “The Fight Goes On,” *Collier’s* September, 13, 1941, p. 13.) (...).” Los argumentos utilizados por la Corte para dejar sin efectos las medias promovidas desde el ejecutivo y el legislativo fueron básicamente dos, a saber, la inconstitucionalidad de una delegación del poder legislativo y también del control federal de la producción. El control de constitucionalidad, sustentado en plataformas ideológicas de derecha fue utilizado como un método de contención política y no como un mecanismo de protección de la coherencia jerárquica del ordenamiento jurídico. No es hasta el 29 de marzo de 1937, con el fallo *West Coast Hotel Co. V. Parrish*, que el poder judicial experimenta un giro radical en su perspectiva, admitiendo en la solución de este altercado que no puede ser tutelada una libertad individual absoluta y sin restricciones, lo que supuso una flexibilidad favorable a las leyes de contenido comunitario. En este periodo del *New Deal* las libertades públicas se revistieron de una importante evolución constitucional, sobre todo en materia de protección de las libertades religiosa, de opinión y de reunión. Este contraste, advenido por la necesidad de balancear intereses desprendidos de viejas concepciones sobre los derechos individuales y nuevas circunstancias sociopolíticas motivadas por una profunda crisis económica, fue el que dio al traste con la argumentación ponderativa de los jueces norteamericanos de la época, lo que no supuso una concientización teórica profunda al respeto. Para un análisis detallado *vid* SAGREDO SANTOS, Antonia, “*Nueve ancianos anulan la legislación del New Deal: El Tribunal Supremo Estadounidense y la Ley Agraria*,” en *Revista Complutense de Historia de América*, vol. 31, Madrid, 2005, pp. 193-213. Consultar además el estudio de FRIEDMAN, Lawrence M, *Breve historia del Derecho estadounidense*, Traducción

En efecto, como ha relatado DICK HOWARD, en las primeras décadas del siglo XX, se tenía la percepción de que, a menudo, el Tribunal Supremo protegía la propiedad y la empresa contra las leyes progresistas. Por ejemplo, en 1905, el Tribunal abolió una ley de Nueva York que limitaba la cantidad de horas que los panaderos podían trabajar en una jornada, calificando tales estatutos como *oficiosas interferencias* con los derechos individuales. En los años treinta, este tipo de pensamiento jurídico del Tribunal se interpuso en el camino del Nuevo Trato del presidente Franklin Roosevelt. Tras la amenaza del presidente de *empaquetar el tribunal* -propuesta de incrementar el número de miembros de la judicatura- los jueces cambiaron de parecer y dieron una acogida más favorable a las leyes estatales y federales aprobadas para efectuar reformas económicas y sociales.<sup>19</sup>

Se debe significar, además, que la ponderación se instituyó en tales circunstancias como una reacción crítica ante los posicionamientos formalistas y conceptualistas que informaron la teoría norteamericana del derecho de finales del siglo XIX y comienzos del siglos XX, sedimentados en una hermenéutica jurídica definida por STONE en el caso *Di Santo v. Pennsylvania*, de 1927, como mecanicista, “(...) demasiado distanciada de la actualidad (...) como para ser de utilidad (...)” En esta conjunción de condicionantes, desdoblada de un lado en una revolución desde lo judicial en aras de hacer coincidir el ejercicio de la función jurisdiccional con las exigencias sociohistóricas, y de otro, en un movimiento doctrinario refutador de esquemas anquilosados en el plano de la formalidad jurídica, se sitúa

---

y comentario de Pablo Jiménez Zorrilla, Editorial de la UNAM, México DF, 2007, pp. 136-150. Consultar además los fallos más relevantes del Tribunal Supremo que se enmarcan en la época en BELTRÁN DE FELIPE, M. y J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2006.

<sup>19</sup> DICK HOWARD, A. E, “Decir qué es la Ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad,” en *Temas de la Democracia, La Corte Suprema de Estados Unidos: El tribunal Máximo del país*, Journal USA, Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, D.C., abril de 2005, p. 6.

el epicentro del proceso de redimensión paulatina que dio al traste con la asimilación de la ponderación como mecanismo de aplicación del derecho, operando ambas salidas como vertientes explicativas de un mismo fenómeno, a saber: el de la revitalización de la eficacia del texto constitucional en la dinámica del ordenamiento jurídico.<sup>20</sup> Obviamente, el logro de este propósito exigió una reconcepción del rol de los intérpretes y guardianes de la *lex fundamentalis* (primordialmente de los jueces) y del sentido mismo del saber científico que debía apoyar y legitimar su absoluta supremacía.

Esta mutación en las directrices de la teoría y la *praxis* constitucional representó una exaltación del contenido axiológico de la Constitución en detrimento de las visiones originalistas<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> *Apud* TUSHNET, Mark, ¿Por qué la Constitución importa?, Traducción de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 29 y ss.

<sup>21</sup> Los modelos originalistas, que a su vez pueden ser divididos en modelos originalistas textualistas (los jueces solo realizan una función declarativa del texto constitucional) y modelos originalistas intencionalistas (los jueces realizan una función de determinación del sentido que dieron al texto constitucional sus creadores), defienden, a grandes rasgos, que en el ejercicio de la interpretación constitucional se le debe brindar preponderancia a los criterios que se desprenden de manera directa del texto de la ley fundamental. En esta dirección, los originalistas postulan que la evolución constitucional solo es admisible a través de la realización de procedimientos formales de reforma. Para los originalistas, las decisiones judiciales solo deben interpretar, aplicar y exigir el cumplimiento de las normas constitucionales explícitas, o de aquellas que resultan evidentemente implícitas en el texto constitucional (voluntad del constituyente). Así, si se detecta una indeterminación en el texto constitucional, esta debe ser resuelta por el legislador. En igual sentido, solamente pueden ser reconocidos los derechos expresamente formulados en el texto constitucional o aquellos que de su análisis se colija que fueron obviamente contemplados por el constituyente (implícitos en el texto). En conclusión, los originalistas presuponen que el texto constitucional es un mecanismo de control de la interpretación constitucional, ponderando el valor del momento constitucional en el que se redactó el documento, por lo que los jueces deben respetar el significado literal o las intenciones específicas del constituyente. Esta perspectiva de pensamiento se conecta con el sentido que debe asumir la democracia constitucional, pues para lo originalistas su método es el único que resulta viable para garantizar la instrumentación de criterios sistémicos y transparentes de interpretación, esto en aras de identificar el significado apropiado de los textos constitucionales que resultan semánticamente indeterminados. *Vid* al respecto BERMAN, Mitchell N, "Construcciones constitucionales y reglas constitucionales de decisión: reflexiones sobre el cancelado del espacio de implementación," en *Isonomía*, n° 38, abril de 2013, pp. 105-142. Este autor ha criticado con

basadas en un modelo de agencia.<sup>22</sup> Al tenor del originalismo interpretativo fue defendida una jurisprudencia constitucional pasiva, siempre incardinada a la búsqueda del (supuesto) significado original de la letra de la Constitución o, en su defecto, de las directrices políticas asumidas por el legislador federal y estatal, por presumirse su constitucionalidad en virtud de estar legitimados democráticamente sus autores.<sup>23</sup> El juez Antonin G. SCALIA, que fuera considerado como uno de los pilares del conservadurismo judicial norteamericano, desarrolló en el caso *South Carolina v. Gathers*, desde los patrones del originalismo, una idea interesante sobre el *stare decisis* y su estabilidad en materia constitucional. La relevancia del pronunciamiento estriba en la aceptación de la posibilidad de modificar el precedente fundado en una interpretación que tergiversa la letra del magno texto, entendiendo por tergiversar el asumir una técnica de interpretación evolutiva que desarrolle los preceptos constitucionales y los imbrique racionalmente con las exigencias sociohistóricas que condicionan el caso a resolver. Esta plasticidad en la observancia del precedente, restringe una de sus posibles funciones. Ciertamente, en contextos en que el precedente se comporte como un freno a la interpretación contextualizada de la Constitución, esta flexibilidad puede resultar, dentro de los parámetros de la seguridad jurídica, muy positiva. No obstante, la desatención a ultranza del precedente en

---

precisión las consecuencias de la interpretación originalista, asumiendo como premisa de análisis que reducir el significado jurídico o el contenido jurídico al contenido semántico fijo no es sostenible. Además, consultar las explicaciones de WALUCHOW, W, "Constitutionalism," en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, E.N. Zalta, Ed, Winter 2012 Edition, pp. 16-23; y de CHERMERINSKY, E, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, Aspen, 3 edition, 2006, p. 19.

<sup>22</sup> Cfr. SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2007, pp. 79-88.

<sup>23</sup> Cfr. CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 175-176. Un análisis particularizado en TUSHNET, Mark, "Constitutional interpretation, character, and experience," en *Boston University Law Review*, n° 72, 1992, pp. 747-763.

materia constitucional permite que la interpretación en sede de derechos se mantenga en un limbo de estatismo, ya que tiende a desconocer la posibilidad de que se comporte, en sentido contrario, como un mecanismo de oxigenación de la *norma normarum*. En su disertación, el juez antedicho compartió las opiniones del juez DOUGLAS:

“(...) Con cierta reserva respecto a decisiones que se han incrustado tanto en nuestro sistema de gobierno que el regreso ya no es posible (...); estoy de acuerdo con el juez Douglas: Un juez que apunta hacia una decisión constitucional puede tener compulsiones de reverenciar la historia pasada y aceptar lo que alguna vez fue escrito. Pero recuerda sobre todo lo demás que es la Constitución lo que juró apoyar y defender, no el barniz que sus predecesores pusieron en ella (...).”<sup>24</sup>

Una crítica relevante a dichos modelos se puede estandarizar en derredor de la concepción de la *living Constitution*,<sup>25</sup> según la cual la Constitución es “(...) una norma viviente, que (debe) ser interpretada a la luz de las condiciones vivientes de la sociedad (...),”<sup>26</sup> por lo que representa “(...) un documento (...) suficientemente flexible para ser adaptado a las condiciones sociales de los diferentes períodos de la historia (...)”<sup>27</sup> Una expresión jurisprudencial de esta concepción dinámica está presente en la ponencia de HOLMES en el caso *State of Missouri v. Holland*, de 1920. Uno de los argumentos defendidos en la citada sentencia reza lo siguiente:

---

<sup>24</sup> Cit. pos. BRENNER, Saul y Harold J. SPAETH, *Stare indecisus. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1946-1992*, Traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 56-57.

<sup>25</sup> Un análisis excelente sobre este tema en CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Ponderación y Constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana,” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, Madrid, 2016, pp. 41-74.

<sup>26</sup> CORWIN, E. S., “Constitution vs. constitutional theory,” en *The American Political Science Review*, nº 19 (2), 1936, p. 302.

<sup>27</sup> MILLER, A. S., “Notes on the concept of the living constitution,” en *The George Washington Law Review*, nº 31 (5), p. 884.

“(…) Debemos darnos cuenta de que los redactores de la Constitución generaron un organismo respecto del cual no pudieron prever su completo desarrollo (...) el caso (...) (por tanto) debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia y no meramente a través de lo que se dijo cien años atrás (...)”<sup>28</sup>

Esta tendencia, que incumbe tanto a la letra constitucional como al precedente que se genera mediante la solución de los casos que exigen una actividad interpretativa sobre su sentido y alcance, se puede entender como una manifestación de los modelos extrínsecos de interpretación constitucional, que comenzaron a ganar fuerza en la jurisprudencia estadounidense durante el primer cuarto del siglo XX. Los modelos extrínsecos, que pueden ser distinguidos en doctrinalistas, hiper-racionalistas y prudenciales, asumen la existencia de un conjunto de valores (que en determinados contextos se entienden implícitos en la Constitución) al tenor de los cuales debe realizarse la tarea interpretativa en sede constitucional. Por esta razón, los afiliados a esta tendencia teórica conciben que la evolución de la Constitución trasciende los límites que fija su texto y la propia voluntad de su ente creador, dependiendo preponderantemente de factores que les son exógenos. En su vertiente doctrinalista, esta tendencia teórica de la interpretación constitucional plantea que no es necesario que el juez recurra al texto cuando se constata la existencia de precedentes sobre la solución de un controvertido. El hiper-racionalismo, como su propia denominación lo indica, ha planteado que la interpretación constitucional debe fundarse en los criterios procedimentales y formales que define la razón práctica judicial. Por último, el prudencialismo hace depender a la interpretación constitucional de la identificación de un objeto referencial que comprenda y de forma a un problema jurídico concreto.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> 19 de abril de 1920. 252 U.S. 416. (1920). *State of Missouri vs. Holland*.

<sup>29</sup> Cfr. BERMAN, M, *Constitutional interpretation: non-originalism*, Philosophy Compass, 6/6, 2011, pp. 408-420.



Existe una fuerte similitud entre los razonamientos ponderativos desarrollados por la máxima judicatura norteamericana en la primera mitad del pasado siglo, sustentados en la teoría de la *living Constitution*, y el revestimiento doctrinal contemporáneo del examen de proporcionalidad. En la base de ambos esquemas se encuentra la calificación de los derechos fundamentales regulados en el texto constitucional como principios, es decir, como normas cuya aplicación responde a sus posibilidades de optimización, en el sentido de que dicha aplicación se realizará en la mayor medida posible. De esto se desprende que el contenido de dichos derechos fundamentales no se encuentra regulado de forma taxativa en la Constitución, sino que debe ser delineado por el juez constitucional caso a caso en observancia de las particularidades del controvertido. Esta concepción *prima facie* de los derechos fundamentales es el pórtico de la legitimidad instrumental de la ponderación, pues a su tenor se genera el estado de flexibilidad idóneo que permite al juez constitucional balancear los intereses a tutelar ante una colisión de principios.<sup>30</sup> En resumen, la ponderación, desde la dimensión de la *living Constitution*, implica: a) realizar un *balancing* de intereses considerados estos como principios a optimizar; y b) aplicar un criterio de utilidad como medida del primero, considerando la mayor ventaja social posible.<sup>31</sup>

Ya en los primeros años del siglo XX, el profesor de la Universidad de Yale Frank J. GOODNOW, reprochaba al Tribunal Supremo la aplicación de principios generales relativos al derecho de propiedad y a la libertad de contratación desde los prismas teóricos y políticos decimonónicos. Para este administrativista el órgano de justicia mentado debía dejar a un lado “(...) la concepción de que nuestra Constitución postula un (...) sistema inmodificable y una rígida e inflexible regla de derecho privado (...)” Defendiendo en argumento *a contrario* que “(...)

---

<sup>30</sup> Cfr. WEBBER, Grégoire C. N., “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship,” en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXIII, 2010, pp. 179-202.

<sup>31</sup> Cfr. CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Ponderación y Constitución viviente...”, op. cit, p. 60.

las constituciones (...) deben ser consideradas como declaraciones de principios generales cuya aplicación debería considerar las condiciones cambiantes (de la sociedad) (...).<sup>32</sup>

En negación de cualquier manifestación de rigidez, ganó fuerza la consideración de la Constitución como reservorio de disposiciones estructurales amplias y de generalidades morales, particularmente en relación con las *cláusulas de libertad*, lo que supuso para los jueces un compelmiento hacia la cumplimentación de estas disposiciones generales en aplicaciones concretas, estableciendo pautas para interpretaciones operativas y apologetas de los conceptos constitucionales axiológicos. La consecuencia ontológica de este giro perspectivo, en descripción de Gerald POSTEMA, se centró en la comprensión del derecho no tanto como algo realizado o puesto -algo sentado por naturaleza o voluntad-, sino más bien como algo adoptado, esto es, utilizado por los jueces en la deliberación práctica.<sup>33</sup>

Como apostilló Lawrence SAGER con acierto:

“(...) Si la Constitución sólo fuera una ley caracterizada por su rango supremo sobre cualquier otra norma jurídica en conflicto, sería muy difícil explicar por qué las opciones legislativas de una generación anterior deberían vincular a las generaciones que viven uno o dos siglos después, y por qué optamos por interponer entre el pueblo y sus leyes la necesidad de hacer un esfuerzo de reconstrucción histórica (...).<sup>34</sup>

Seguidamente concluía:

“(...) Para darle sentido a nuestra práctica constitucional (la estadounidense), debemos concebirla como una práctica basada en la justicia, al servicio del objetivo de hacer más justa nuestra comunidad política. La colaboración

<sup>32</sup> GOODNOW, F, *Social Reform and the Constitution*, Macmillan Company, New York, 1911, p. 6.

<sup>33</sup> POSTEMA, Gerald J, “Classical Common Law Jurisprudence (Part I)”, en *1 Oxford U. Commonwealth L. J*, 2002, pp. 155-166.

<sup>34</sup> SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia...*, op. cit, p. 89.

entre el poder constituyente, que típicamente establece principios generales, y el intérprete judicial, que se ocupa de dar contenido y definir con detalle los principios generales enunciados en el texto, es un elemento central de nuestra práctica constitucional. La teoría basada en la justicia se fundamenta en la creencia de que esta colaboración, a lo largo del tiempo, proporciona una orientación razonablemente buena para la satisfacción de las exigencias más básicas de la justicia política (...).<sup>35</sup>

En esta dirección, la ponderación se acogió inicialmente para solventar las problemáticas suscitadas en ocasión de la protección dispensada por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos,<sup>36</sup> específicamente en lo que

<sup>35</sup> SAGER, Lawrence G, *Juez y democracia...*, op. cit, p. 90.

<sup>36</sup> El texto de la Primera Enmienda es el siguiente: "(...) El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios (...)." *Constitución de los Estados Unidos de América (con notas explicativas)*, Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2004. La preocupación de la Corte por el contenido de la Primera Enmienda, comenzó a emerger durante el período de la primera guerra mundial, fase en la que dictó una serie de sentencias, en las que condenaba a pacifistas por la distribución de panfletos contrarios a la guerra y al reclutamiento militar. En éstas, las condenas impuestas a los acusados de acuerdo con la Ley de Espionaje (*Espionage Act*) por las cortes inferiores fueron confirmadas por el Tribunal Supremo. Tanto en la sentencia *Schenck v. United States*, como en *Debs v. United States*, el juez HOLMES (que posteriormente se convertirá en uno de los mayores defensores de la libertad de expresión), escribe en ambos casos la sentencia en nombre de la mayoría confirmando la condena, acuñando una nueva fórmula alternativa al *bad tendency test*, conocida como la del peligro claro y presente (*clear and present danger*). A partir de este nuevo test, la libertad de expresión únicamente podrá ser limitada cuando sea utilizada para crear un peligro que deberá tener como requisitos, ser claro e inmediato. En estas dos sentencias, HOLMES justifica las condenas basándose en la intencionalidad de los acusados que, en ambos casos, era la obstrucción del reclutamiento del servicio militar obligatorio en tiempo de guerra, entendiéndose que esto suponía un desafío al funcionamiento del gobierno que la Constitución no protegía. Cfr. GASCÓN CUENCA, A, "La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista," en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 47, Granada, 2013, p. 166.

## concierno a la realización del derecho a la libre expresión,<sup>37</sup>

<sup>37</sup> En estos contornos resulta paradigmático el caso *New York Times v. Sullivan*. Los fundamentos fácticos de este conflicto tuvieron su desarrollo a partir de la publicación de un aviso, titulado *Escuchad sus voces que se elevan (Heed Their Rising Voices)*, en el diario *The New York Times*, el 29 de marzo de 1960. Dicha publicación se realizó en virtud de una solicitud promovida por la organización *Comité para la Defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur*. El fragmento del texto que provocó el conflicto judicial refería que: "(...) En la ciudad de Alabama, luego de que los estudiantes cantaron una canción patriótica en la escalinata de la legislatura estadual, sus jefes fueron expulsados de la Universidad, y los edificios de la Universidad de Alabama fueron rodeados por la policía, armada de fusiles y proyectiles de gases. Cuando la totalidad de los manifestantes expresó su protesta ante las autoridades estatales, negándose a reinscribirse, el comedor estudiantil fue cerrado con el propósito de someterlos por el hambre (...). Una y otra vez, los transgresores sureños han respondido a las pacíficas protestas del Dr. Martin Luther King con la violación y la intimidación. Ellos han arrojado bombas a su casa, llegando casi a matar a su esposa e hijo; lo han agredido físicamente; lo han arrestado 7 veces por exceso de velocidad, vagancia e infracciones similares, y ahora lo acusan por el delito de perjurio que le puede acarrear la pena de 10 años de prisión (...)." Tal y como narra los hechos Eduardo Andrés BERTONI, "(...) al día siguiente, el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan, remitió una carta al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían en la solicitada como luchadores por la libertad en el sur (eran los cuatro pastores negros en Alabama; durante el juicio todos negaron haber dado su consentimiento para que aparecieran sus nombres en la solicitada), requiriendo una justa y completa retractación de las manifestaciones falsas y difamatorias publicadas por el diario. Por cuanto no se mencionaba a Sullivan, los abogados del *Times* respondieron justamente en ese sentido; además agregaron que los hechos descritos eran sustancialmente correctos, finalizando con un requerimiento a precisar las razones en que la solicitada lo involucraba. Sullivan no contestó, y el 19 de abril inició una acción por libelo en los tribunales de Montgomery, reclamando una reparación por daños que ascendía a los 500.000 dólares (...)." El altercado fue decidido con estimación de la demanda por el juez Walter BURGWIN JONES, el día 3 de noviembre de 1960, dando por ciertas las tesis esgrimidas por la parte accionante, consistentes, específicamente, en la afirmación del menoscabo moral sufrido por SULLIVAN a causa de la información contenida en la publicación, no anulable por el hecho de no figurar su nombre en esta, pues, al ostentar el mando sobre el cuerpo de policía, cualquier manifestación en desmedro de su actividad incluía a su persona. Además, en contraposición de la línea seguida por la defensa, fue combatida la certidumbre de la información plasmada en el artículo periodístico. El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama confirmó el fallo. Según la explicación de BERTONI: "(...) en primer término entendió que el caso se debía resolver bajo la doctrina del *common law* como un libelo *per se*, debido a que existía una publicación cuyas palabras tendían a dañar al ofendido en su reputación; bajo esta doctrina los daños se presumían. En relación a la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el Tribunal apeló al conocimiento promedio de la gente que interpretaba que el personal policial estaba bajo las órdenes del comisionado, y que la crítica a esos grupos generalmente atacaba al funcionario que estaba a cargo. La respuesta a la violación a la Primera Enmienda se encontraba sólo en un párrafo:

---

la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones de libelos. Quedaba pues la vía del *certiorari* para que el caso lo resolviera en definitiva la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (...).” Como es ampliamente conocido, el 9 de marzo de 1964, el fallo de la Corte de Alabama fue revocado por la Suprema Corte de Justicia, corriendo la ponencia del voto de la mayoría a cargo del juez William J. BRENNAN. El razonamiento desplegado por este magistrado, cargado de matizaciones históricas y doctrinales, no fue cosa distinta a una ponderación entre los intereses derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión y prensa y el derecho al honor, en este caso de los funcionarios públicos. En su disertación sobre la traducción jurídica del conflicto, BRENNAN apuntó: “(...) la protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión en asuntos sobre cuestiones públicas, hace muchos años que ha sido decidida por nuestros fallos. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la *República*, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas (...). Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos. La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referentes a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluida dentro de la protección constitucional. La cuestión radica en si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y pretendida difamación del demandante (...).” La conclusión fundamental del fallo está asociada a la imposibilidad de anular la protección constitucional de la libertad de expresión y prensa, ya sea por error sobre el hecho o por contenido difamatorio de la manifestación en relación con las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos. Seguidamente, el ponente construyó un esquema decisorio consistente en salvaguardar la libertad de expresión y de prensa frente ante los posibles atentados contra el derecho al honor de los funcionarios, siempre que su ejercicio no estuviera guiado exclusivamente por una *real malicia* y si por un ejercicio consecuente de la crítica racional, lo que teóricamente supone la concepción de una estructura reglada con posibilidad de ser proyectada a futuro para la solución de colisiones principales. En su consideración: “(...) las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (...).” Por su parte, el voto de la minoría, en el que se insertó la exposición del juez GOLDBERG, si bien favoreció la revocación de la sentencia de la Corte de Alabama, no admitió la posibilidad de los Estados de limitar la libertad de expresión y prensa en relación con los funcionarios públicos. Resumidamente, la argumentación rígida de GOLDBERG es del tenor que sigue: “(...) el impresionante despliegue de argumentos históricos y de

cuya formación sistémica ha sido históricamente disputada entre la autonomía del orador y la calidad del debate público. Este contraste entre la libertad ilimitada del sujeto que ejerce el derecho, sea un individuo o una persona jurídica, y el impacto que tal ejercicio puede suponer en el orden social, fue el núcleo duro que impuso el juicio ponderativo en estimación de las particularidades del caso puntual, siendo determinable en tal sentido que la autonomía debía gozar de tutela cuando su realización tributara al desenvolvimiento idóneo de los debates públicos, en el entendido de que estos optimizan la vida democrática, no así cuando su única divisa fuera enrarecerlos.<sup>38</sup>

Posteriormente, la ponderación se configuró como un criterio habitual de interpretación constitucional. Se ha destacado en este sentido que su introducción e implementación más frecuente aconteció, en la jurisprudencia de la máxima magistratura estadounidense, durante los períodos de las presidencias de E. WARREN (1953-1969) y W.E. BURGER (1969-1986), esto sin desconocer los precedentes correspondientes que fueron

---

precedentes contenidos en el voto de la mayoría confirma mi convicción de que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que le proporciona el principio sentado por la mayoría. En mi opinión, las Enmiendas 1 y 14 de la Constitución acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos (...). Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aún dolorosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes (...).” Un poco más adelante concluía: “(...) si el funcionario debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhiba la valiente y efectiva administración de la política de gobierno, también los particulares deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial (...).” Una explicación detallada del caso en BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y Estado de derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 121 y ss.

<sup>38</sup> Un estudio ilustrativo al respecto, que muestra las posibilidades interpretativas que contiene la Primera Enmienda en lo que a libertad de expresión corresponde, en FISS, Owen, “¿Por qué el Estado?,” en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, pp. 105-119.

desarrollados, sobre todo en la doctrina antiformalista, durante la primera mitad del siglo XX.<sup>39</sup>

Si cierto es que la realización fenoménica asume esta data, no puede sostenerse lo mismo en lo que compete a su especificación doctrinal, pues “(...) ningún juez explicó por qué tal metodología era la forma apropiada de construcción constitucional ni tampoco pretendió estar haciendo algo novedoso o controversial (...).”<sup>40</sup> Así, de la mano del tópico realista, que según PUIG BRUTAU es el que con más eficacia ha puesto de relieve hasta qué punto los tribunales crean derecho,<sup>41</sup> y muy especialmente al compás de la obra de autores como HOLMES, JAMES, DEWEY, POUND y CARDOZO, la ponderación sobrevino como una defensa instrumental y pragmática de la práctica jurídica, y particularmente de la judicatura, que, en última *ratio*, pretendió demostrar que era posible “(...) desplegar una jurisprudencia mecánica sin rechazar la noción de derecho (...), ”<sup>42</sup> es decir, sin pretender soluciones estrictamente silogísticas, ajenas a la variabilidad que, en relación con las características específicas del caso, se pueden materializar en la actividad interpretativa de los jueces.

No es casual que el sistema de derecho norteamericano haya sido el entorno fértil para la implementación de la ponderación, pues, como es conocido, la rigidez que ha signado históricamente la vinculación al precedente en el *common law* inglés no fue realizada miméticamente en este lado de

---

<sup>39</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S, *Constitución*, Editorial Iustel, Madrid, 2004, pp. 156-157; DÍAZ REVORIO, F.J, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 236 y ss. Una sistematización de valor de estos y otros criterios en TARDÍO PATO, José Antonio, *Los principios generales del Derecho. Su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 243-270.

<sup>40</sup> ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 31-32.

<sup>41</sup> Cfr. PUIG BRUTAU, J, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Editorial Bosch, Barcelona, s/a, p. 26.

<sup>42</sup> ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional...*, op. cit, p. 32.

Atlántico.<sup>43</sup> El modelo de fuentes formales del derecho en los Estados Unidos se presenta mucho más flexible en lo que concierne a la posibilidad de modificar o suprimir la aplicación del llamado *stare decisis*,<sup>44</sup> lo que sumado al auge experimentado por el derecho codificado durante el siglo XX en ese país, con ejemplos notables en el *Restatement of American Common Law*, concluido en 1945 después de veintidós años de trabajo del *American Law Institute*, y en el *Model Code of Evidence*, de 1942,<sup>45</sup> deviene en la fundación de un plexo de posibilidades

<sup>43</sup> En el derecho inglés, la facultad de suprimir los efectos vinculantes del precedente (*overruling*) corresponde al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, es decir, a la *House of Lords* (actualmente *Supreme Court* del Reino Unido en virtud de lo establecido en la *Constitutional Reform Act* de 2005). Esta estructura se constituye como el máximo tribunal de apelación en el que convergen los casos provenientes de las jurisdicciones de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. La posibilidad de variación del precedente por parte de la *House of Lords* fue reconocida expresamente en 1966, mucho después de que en Estados Unidos fuera admitida jurisprudencialmente. La configuración de la denominada *Practice Statement* supuso la aceptación de que una observancia excesivamente rígida del precedente era tendiente a generar injusticia en la solución de determinados casos concretos, a la vez que un obstáculo en la evolución del derecho. No obstante, y como muestra de la excepcionalidad que esta supone, Cross y Harris identificaron que el *overruling* tuvo lugar solamente en ocho casos durante un periodo aproximado de treinta años con posterioridad a la emisión de la *Practice Statement*. Cfr. CROSS, Rupert y J. W. HARRIS, *El precedente en el Derecho inglés*, Traducción de María Angélica Pulido, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 164-166. Además, vid MATTEI, Ugo, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 288; y BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Legales Ediciones, Lima, 2016, pp. 440-441.

<sup>44</sup> El estudio más detallado sobre esta peculiaridad en BRENNER, Saul y Harold J. SPAETH, *Stare indecisus...*, op. cit., *in integrum*. Además, vid BARKER, Robert S., *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima, 2014, pp. 29-31; DAVID, Rene y Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, Editorial de la UNAM, México DF, 2010, pp. 285-290; TUNC, André y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, Traducción de Javier Elola, Editorial de la UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México DF, 1957, pp. 296-304; y CUETO RUA, Julio, "El Common Law. La explicitación de la norma general involucrada en la sentencia precedente," en *La Ley*. Revista Jurídica Argentina, tomo 85. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, pp. 800-815.

<sup>45</sup> Reseñaba COUTURE en un interesante artículo dedicado al tema que: "(...) los Estados Unidos de América, sobre la base del derecho de los precedentes, han intentado, en los últimos



interpretativas por parte del juez mucho más amplio, que trae aparejada la contingencia de detectar conflictos de intereses y también de resolverlos creativa y racionalmente. En concordancia con esta habilitación estructural, la *iusfilosofía* de la nación nortea exhibe una evolución incardinada en la no absolutización de las proposiciones y esquemas de la lógica formal en los razonamientos jurídicos. La denominada filosofía legal,<sup>46</sup> en franco giro copernicano, se enfoca en lo real en menoscabo de lo abstracto, en lo instrumental en desatención de lo conceptual, teniendo como premisa la afirmación del derecho como una forma de manifestar la aspiración por cumplimentar fines de naturaleza social,<sup>47</sup> lo que implicó una reacción unísona

---

tiempos, merced a un magno esfuerzo de los más significativos magistrados, estudiosos del derecho y profesores universitarios, una empresa de consolidación bajo el patrocinio del *American Law Institute*. En 1923 fue iniciada una obra, concluida en 1945, que procura una sistematización de todo el derecho anglo-americano, bajo el título de *Restatement of American Common Law*. El mismo Instituto ha publicado en 1942 su *Model Code of Evidence*, que es, como lo indica su nombre, en parte, un *Restatement* de la prueba según la jurisprudencia y, en parte, un proyecto de codificación con tendencia a la reforma en esta materia que es, como se sabe, capital en la experiencia jurídica anglo-americana. Por supuesto que cualquier sistematización del derecho anglo-americano es incompatible con nuestras tradicionales estructuras jurídicas, y el *Restatement* es un claro ejemplo de ello; pero el ansia de reducir a reglas millones de casos ha sido satisfecha merced a un magno esfuerzo intelectual (...).” COUTURE, Eduardo J, “El porvenir de la codificación y del common law en el continente americano,” en *La Ley*, Revista Jurídica Argentina, tomo 52, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1948, p. 859. También vid MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, Editorial de la UNAM, México DF, 2004, pp. 90-92. En la doctrina cubana, lo relativo a la distinción entre el *common law* y el *civil law* a partir del análisis de las fuentes predominantes en estos sistemas, ha sido objeto de interesantes y críticos comentarios contenidos en BRUZÓN VILTRES, Carlos J., *La jurisprudencia como fuente de Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2016, pp. 24 y ss.

<sup>46</sup> Apud POUND, Roscoe, *An introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1930, pp. 100 y ss.

<sup>47</sup> En un influyente artículo de POUND, titulado *Mechanical Jurisprudence*, quedo esbozada la esencia de la crítica al formalismo jurídico, definido en la ocasión como acientífico por no conjugar la dimensión sociológica del derecho. Así, el que fuera profesor en Harvard enjuició el problema en los siguientes términos retóricos: “(...) me he referido a la jurisprudencia mecánica como científica porque aquellos que la administran creen que lo es. Sin embargo, en realidad de ciencia no tiene nada. Ya no se entiende algo como científico sólo porque

tanto de la teoría como de la práctica en las lides jurídicas, para lo cual HOLMES estableció una pauta infalible desde lo normativo cuando patrocinó que “(...) la justificación real de una norma jurídica (...) es que ayuda a que un fin social que deseamos se cumpla (...)”<sup>48</sup>

En su enjundioso libro sobre el tema, ALEINIKOFF hizo referencia a relevantes asuntos resueltos por la suprema magistratura estadounidense que, si bien engendraron un conflicto de intereses que los dotó de atractivo, fueron solventados desde predios formalistas no a través de la ponderación, sino mediante una categórica absolutización de parámetros que, en el ideario jurisprudencial, estratificaron de forma jerárquica los bienes jurídicos que debían protegerse con prioridad:

“(...) Las grandes opiniones constitucionales del siglo XIX y comienzos del siglo XX no emplearon la ponderación como un método de argumentación constitucional o justificación. Marshall no falló a favor del Banco en *McCulloch v. Maryland* porque la carga del impuesto

---

exhibe un esquema rígido de deducciones de concepciones *a priori*. En la filosofía de hoy, las teorías son *instrumentos, no respuestas a enigmas, en los que podemos descansar*. Tenemos que (...) llevar a cabo en la jurisprudencia la misma tarea que ya ha sido realizada en la filosofía, en las ciencias naturales y la política. Debemos (...) alcanzar una ciencia jurídica pragmática y sociológica (...).” POUND, Roscoe, “Mechanical Jurisprudence”, en *8 Colum. L. Rev.*, 1908, pp. 608-609. En sus estudios de historia de la filosofía del derecho, Guido FASSÓ describió el sentido del movimiento antiformalista alegando que: “(...) contra el formalismo también jurídico operó, en los últimos años del siglo XIX y comienzos del XX, aquella que fue llamada la *revuelta contra el formalismo*, el movimiento intelectual que en todos los Estados Unidos proclamó la necesidad de una cultura que, en todos los campos, estuviese unida a la realidad concreta, a las efectivas exigencias del hombre, a la verdadera vida de la sociedad (...).” FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo III. Siglos XIX y XX, Traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, p. 214.

<sup>48</sup> HOLMES, Oliver W., “Law in Science-Science in Law”, en *Collected Legal Papers*, Harvard University, 1920, p. 238. En otro de sus trabajos este notable jurista reconocía que los “(...) jueces (...) han fallado al no reconocer su deber de contrapesar las consideraciones sociales. Este deber es inevitable y el resultado de la comúnmente proclamada aversión judicial a tratar con tales consideraciones significa dejar inarticuladas y generalmente inconscientes a la propia base y fundamento de las sentencias (...).” HOLMES, Oliver W., “The Path of the Law”, en *Collected Legal Papers*, Harvard University, 1920, p. 184.

estatal superara al interés del Estado en la tributación. El argumento de Webster en *Gibbons v. Ogden* fue convincente no porque demostrara que el interés del gobierno nacional sobrepasaba al interés de los Estados en la regulación del comercio interestatal. Tampoco los compradores de bienes raíces en *Fletcher v. Peck* tenían derecho a mantener su propiedad porque, puesto en la balanza, el interés en la seguridad de las transacciones aventajara al interés que tenía el Estado de Georgia en repeler la legislación corrupta (...).<sup>49</sup>

En efecto, en las directrices teóricas del llamado por LLEWELLYN realismo jurídico (*legal realism*) norteamericano<sup>50</sup> (denominación que agrupó a todas las estocadas antiformalistas), que reaccionó ante la inflexibilidad definitoria de los razonamientos explicitados en los fallos anteriores y abogó por el *law in action* en disminución del *law in books*,<sup>51</sup> se encuentra contenida la posibilidad de balancear intereses en pos de optimizar las soluciones judiciales. A pesar de haber sido una corriente *iusfilosófica* heterogénea,<sup>52</sup> los realistas se plantearon la cientificidad de la jurisprudencia en términos bastante uniformes. El carácter de ciencia de la jurisprudencia se sustenta en el empleo de

<sup>49</sup> ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 32-33.

<sup>50</sup> Cfr. LLEWELLYN, Karl N, "Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound", en *Harvard Law Review*, nº 44, 1931, p. 1222. Este trabajo también fue publicado en LLEWELLYN, Karl N, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1962. Sobre la polémica entre LLEWELLYN y POUND vid WILLIAM, Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Weindenfeld and Nicolson, Londres, 1973, 1985, pp. 70-83.

<sup>51</sup> *Apud* HOLMES, Oliver W, *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2009, pp. 3-36; y POUND, Roscoe, *The spirit of the Common Law*, Marshall Jones Company, Boston, 1921, pp. 166-192.

<sup>52</sup> Cfr. TARELLO, Giovanni, *El realismo jurídico americano*, Traducción de Marcelo Troncoso, Palestra Editores, Lima, 2017, *in integrum*; y CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (editores), *El ámbito de los jurídicos. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994, pp. 235-243. Un estudio de valor sobre el impacto de la doctrina realista en la *iusfilosofía* de los Estados Unidos en PÉREZ LLEDÓ, Juan A, "La enseñanza del Derecho en Estados Unidos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 12, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 41-93.

un lenguaje cuyo grado de convicción tienda a la formulación de proposiciones relativas al comportamiento futuro de los operadores jurídicos y que a su vez constituyan instrumentos razonables de previsión. En correspondencia, los realistas no intentaron fundar una teoría sobre el concepto de derecho, sino una teoría sobre cómo el derecho es usualmente pensado por los abogados que debían aconsejar a sus clientes qué hacer ante la probable conducta de los tribunales.<sup>53</sup> Atacan así la concepción tradicional de la argumentación jurídica, entendida como un correlato elemental de los esquemas científicos del derecho fraguados en el periodo decimonónico,<sup>54</sup> estructurada fundamentalmente en torno a la figura del silogismo, comprendido como una disposición lógica funcional que limitada a describir el procedimiento de subsunción de hechos particulares en estructuras normativas generales, circunscribiendo la función de los jueces a una tarea deductiva que tiene como finalidad la descripción de una conclusión necesaria (conclusión del silogismo) que se desprende de la conjunción lógica entre una premisa de prescripción conocida (premise mayor del silogismo), que es en sí misma el objeto de estudio del derecho, y una manifestación fáctica dada como verdadera *a posteriori* de un ejercicio de probanza (premise menor del silogismo).

Siguiendo a LLEWELLYN, se pueden enumerar las premisas de la tendencia realista que propinaron la virtualidad del razonamiento ponderativo del modo que sigue:

<sup>53</sup> Cfr. JIMÉNEZ CANO, Roberto M, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 162.

<sup>54</sup> *Apud* LEITER, Brian, "American Legal Realism", en GOLDING, Martin P. y EDMUNDSON, William A, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd, 2005, pp. 50-66. Una versión en castellano de este trabajo en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, 2015, pp. 241-276. También *vid*, para abundar sobre el impacto de la visión sociológica en la superación de estos esquemas científicos, PEZZETTA, Silvina, "Derecho y Sociedad. Historia y presente de los herederos del realismo jurídico estadounidense", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (editores), *Enciclopedia...*, op. cit, pp. 667-691.

1. La concepción del derecho como flujo, como derecho cambiante, y como creación judicial.
2. La concepción del derecho como medio para alcanzar fines sociales, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en movimiento permanente, en movimiento típicamente más rápido que el derecho.
4. El divorcio momentáneo entre el *es* (is) y el *debe* (ought) a los efectos del estudio jurídico.
5. La desconfianza respecto a las reglas y conceptos tradicionales en la medida en que éstos pretenden describir lo que los tribunales o la gente hacen en realidad.
6. La desconfianza respecto a la teoría de que las formulaciones normativas son el factor operativo más importante en la toma de decisiones por parte de los tribunales.
7. La confianza en la conveniencia de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrictas que las elaboradas en el pasado.
8. La insistencia en que cada parte del derecho se valore por sus efectos, y en la necesidad de hallar estos efectos.
9. La insistencia en que los problemas jurídicos deben ser planteados sistemática y programáticamente e partir de las líneas indicadas.<sup>55</sup>

El uso tendencial de la ponderación en la jurisprudencia norteamericana partió de una asimilación entre la esencia que define la reclamación ante una intromisión legítima en el ejercicio de los derechos fundamentales y la alineación de un conflicto de intereses. Incluso, de cierta manera, la utilización del vocablo *intereses* se presentó como más adecuado por las posibilidades que suponía para el juez su naturaleza flexible. Estos *intereses* se extraen de los hechos del caso, canalizados

---

<sup>55</sup> LLEWELLYN, Karl N, "Some Realism about Realism," en *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1962, p. 55.

como estímulos que mueven al juez hacia una decisión concreta, no siendo su fuente “(...) las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y los tratados (...)”<sup>56</sup> Así, un autor como George WRIGHT llegó a enunciar que “(...) frente al vocablo *derechos*, el término *intereses* proporciona una mayor flexibilidad a los jueces y, sin duda, sirve mejor a las preferencias judiciales por un relativismo moral (...)”<sup>57</sup> De este tratamiento sinónimo entre *derechos* e *intereses* también hubo de hacer eco POUND en un trabajo publicado en la *Harvard Law Review* en 1943, aunque la exposición de sus pensamientos, más que hacer énfasis en cuestiones incidentales, recrea una visión ontológica que, en sentido general, compartió la teoría realista:

“(...) Desde el punto de vista funcional, el Derecho es un intento de satisfacer, reconciliar y ajustar esos intereses y demandas superpuestos y a veces conflictivos, bien garantizándolos directa e inmediatamente, bien mediante la delimitación, o compromiso entre, intereses individuales, para satisfacer al mayor conjunto de intereses, o a los intereses que pesan más en nuestra civilización, con el mínimo sacrificio del esquema de intereses globalmente considerado (...)”<sup>58</sup>

Es también apreciable que una de las ventajas que supuso el uso de la ponderación por parte de la suprema magistratura de los Estados Unidos fue la de no incurrir, a través de pronunciamientos novedosos y fuertemente circunstanciales, en un quebrantamiento del principio de separación de poderes, que como es bien conocido irradia todo el sistema y, mediante su consagración constitucional, funge en ese país como un

<sup>56</sup> OLIPHANT, Herman, “A return to stare decisis”, en *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928, p. 75.

<sup>57</sup> WRIGHT, R. George, “Does Free Speech jurisprudence rest on a mistake? Implications of the commensurability debate”, en *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 23, 1990, p. 776.

<sup>58</sup> POUND, Roscoe, “A Survey of social interests”, en *Harvard Law Review*, n° 1, vol. LVII, 1943, p. 45.

pilar esencialísimo del régimen democrático. La ponderación no implica la especificación de jerarquías en el ejercicio de los derechos, cometido que en buena técnica corresponde en exclusiva al poder legislativo y no al judicial. Fue en 1936 cuando Herlan FISKE STONE enunció por vez primera, en seguimiento de los derroteros realistas ya acotados, las bases razonadas de la práctica ponderativa en algún sentido asentada en la jurisprudencia de los años inmediatamente anteriores. Para el que fuera juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos entre los años 1905 y 1942, es imprescindible comprender los fines del derecho, es decir, los intereses que está llamado a satisfacer, para con posterioridad sopesar los que concurren en el caso concreto sometido a la jurisdicción judicial y buscar la alternativa resolutoria que los reafirme con más fuerza. Este tracto operacional debe estar signado por una visión sociológica del derecho que permita acomodarlo a la realidad en que deben operar sus instituciones, siendo primordial que el juez maneje racional y eficientemente las fuentes formales a las que debe obediencia.

En esta cadencia, anotaba el mentado autor:

“(...) Expresaré sucintamente la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuados de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de

las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán, el platillo de la balanza del juicio en favor de una norma en vez de otra. En este ámbito, el juez desempeña esencialmente la función del legislador, y en un sentido real, elabora Derecho (...).”<sup>59</sup>

De lo dicho hasta aquí se puede colegir que la consumación de la ponderación fue consecuencia de un redireccionamiento teórico-práctico sufrido por el derecho estadounidense del segundo cuarto del siglo XX, motivado por estrictas exigencias que, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, estuvieron dirigidas a concebir al derecho desde las exacciones sociales y no desde una tinglado formalizado de conceptos. Los fallos judiciales, paulatinamente, se desembarazaron de la estricta subsunción de los hechos en la hipótesis normativa para prestar más deferencia a la sociología del caso, a la vez que se propugnó la toma de conciencia sobre la responsabilidad de los jueces en la realización de los fallos.<sup>60</sup> El automatismo judicial comenzó a ser desdeñado, pues los jueces, lejos de mostrarse pasivos en la aplicación de las normas, debían velar incisivamente por la coherencia de estas con el entorno social al que debían ser potencialmente aplicadas, abrazando la máxima que ciñe la causa final del derecho en el bienestar de la sociedad,

<sup>59</sup> FISKE STONE, Herlan, “The Common Law in the United States”, en *Harvard Law Review*, n° 1, vol. 50, 1936, p. 20. Otro criterio de apología a la ponderación, delimitador también de su naturaleza, fue el que emitiera en su tiempo Louis HENKIN. Para este autor: “(...) en el debate constitucional la ponderación se ha convertido en un término referido a la actividad judicial explícita consistente en sopesar valores o intereses concurrentes para establecer la doctrina constitucional. El Tribunal resuelve problemas constitucionales por medio del contrapeso del interés estatal en adoptar una norma que contraviene el comercio interestatal y la carga que impone sobre el comercio; (la ponderación de) la necesidad de secreto del Presidente en el ámbito ejecutivo frente a la necesidad de los Tribunales de obtener la información que aquél retiene; o (la ponderación de) el interés social en la protección de la vida o de la vida potencial del feto frente al interés de la madre en poner fin a la gestación (...).” HENKIN, Louis, “Infallibility under Law: constitutional balancing”, en *Columbia Law Review*, vol.78, 1978, p. 1024.

<sup>60</sup> Cfr. HUTCHINSON, Allan C, *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-Sao Pablo, 2005, pp. 23-56.



por lo que la norma que “(...) yerra su puntería no puede permanentemente justificar su existencia (...).”<sup>61</sup>

No obstante a que la implementación de la ponderación en la jurisprudencia norteamericana se comportó en términos de aceptación generalizada, no estuvieron ausentes los criterios detractores, cuestionadores de la legitimidad, la delimitación conceptual, los presupuestos teóricos y las consecuencias de este método de interpretación, aplicación y argumentación del derecho. Tan es así, que en fecha no tan lejana como febrero de 1994, un simposio celebrado en la *Hastings Law School* versó sobre las diferentes aristas de la ponderación bajo un sugestivo rótulo, formulado en forma de interrogante, que pretendió ilustrar las complicaciones que subyacen en la pretendida reconciliación entre los valores públicos y los derechos individuales en el derecho constitucional. El original título adoptado por los promotores de esta actividad científica, ¿cuándo es una línea tan larga como una roca pesada?, tiene su origen en la opinión concurrente de Antonin SCALIA en el caso *Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enters*, en la que utilizó como recurso de disertación que vislumbrara la complejidad, y en ocasiones la inoperancia de la ponderación, la situación de inconsistencia física que sobreviene al tratar de equiparar las categorías *masa*

---

<sup>61</sup> CARDOZO, Benjamin N, *La naturaleza de la función judicial*, Traducción de Eduardo Ponsa, Ediciones Arayú, Librería Editorial Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 49. Un poco más adelante Cardozo especificaba: “(...) hay una vieja leyenda que dice que en una ocasión Dios oraba y que su oración era *sea mi voluntad que mi Justicia sea regida por mi Misericordia*. Esa es una oración que todos nosotros necesitamos pronunciar a veces cuando el demonio del formalismo tienda al intelecto con el señuelo del orden científico (...).” A renglón seguido concluía el magistrado de la Corte Suprema estadounidense: “(...) no quiero significar, por supuesto, que los jueces tengan por misión la de dejar de lado a voluntad, normas existentes a favor de algún otro conjunto de normas que ellos sostengan que son más convenientes o sabias. Lo que quiero significar es que cuando ellos son llamados para decir hasta donde deben ser extendidas o restringidas ciertas normas existentes, deben permitir que sea el orden social el que fije el sendero, su dirección y su distancia (...).” CARDOZO, Benjamin N, *La naturaleza...*, op. cit, p. 50.

y *longitud*, lo que en el lenguaje del derecho puede ser traducido como una inconmensurabilidad de intereses jurídicos.<sup>62</sup>

Tal vez el temor más fundado sobre la viabilidad de la ponderación en el sistema jurídico estadounidense, reflejado primordialmente por autores vinculados a la judicatura, ha sido el circunscrito a las posibilidades de hacer prevalecer los intereses del gobierno sobre el pleno ejercicio de los derechos fundamentales pautados constitucionalmente. Si se toma como cierta la posibilidad de quiebre de la independencia judicial, es plausible suponer que ante un conflicto de intereses donde los platillos de la balanza estén ocupados por un interés gubernamental y por la desatención a una de las derivaciones del contenido de un derecho fundamental, la manipulación o el condicionamiento político del que indudablemente puede ser objeto el juez incline con más fuerza los efectos de la ruptura del equilibrio hacia la salvaguardia del primero de los elementos. Esta predisposición asume un caso hipotético en el que el contenido de un derecho fundamental es cercenado por atender a directrices políticas que por su naturaleza no son suficientes para legitimar racionalmente semejante circunstancia limitativa, pues de lo contrario no pudiera reprocharse falacia ponderativa alguna. Sin embargo, es también perfectamente asequible una situación en positivo para con los intereses gubernamentales, pues no es difícil imaginar a un juez que en su fuero interno participe de un repudio por la dirección política de turno, suficientemente intenso como para fracturar su imparcialidad y propender a que proteja el ejercicio de un derecho fundamental en su máxima expresión en un momento específico en que merezca ser relegado ante circunstancias o condicionantes legítimas de una naturaleza distinta. Aquí la respuesta está en la propia esencia de la institución, puesto que si metafóricamente comprendemos a la ponderación como una forma de diluir

---

<sup>62</sup> Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nos. 12-13, Madrid, 2003-2004, pp. 353-358.

un estado de equilibrio entre intereses de magnitudes iguales, obvio resulta que la proporción solamente debe ser desvirtuada por la concurrencia de pulsiones límpidas, no viciadas, permeadas de un *sentido común jurídico* ostensible que justifique la decisión y guíe su argumentación racional.

Una de las opiniones discrepantes más notables sobre la ponderación en la doctrina norteamericana, por la practicidad de sus figuraciones, fue la que sostuvo el juez Hugo BLACK, el que se refirió a este método de aplicación y argumentación advirtiendo que:

“(...) El gran peligro que supone es que en tiempos de crisis confiere al Gobierno el poder de hacer lo que estime necesario para protegerse con independencia de los derechos de los individuos. Si la necesidad es grande, siempre podrá decirse que el derecho del Gobierno tiene más valor o importancia que los derechos individuales (...). Además el método de la ponderación aplicado a las libertades individuales presume en los legisladores y los jueces más poder que en los padres fundadores o más poder que el que yo considero debería ser confiado, sin limitación, a cualquier hombre o grupo de hombres. Me parece que el método de la ponderación desconoce los rasgos únicos de nuestra Constitución -estar escrita en un sólo documento, su superioridad sobre el poder legislativo, la división de poderes y el establecimiento de un poder judicial independiente- y nos devuelve al estado de supremacía parlamentaria que existía en Inglaterra (...).”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> BLACK, Hugo, “The Bill of Rights”, en *New York University Law Review*, vol. 35, 1960, pp. 869-870. Otra opinión alzada a *contrario* de la ponderación corresponde a la autoría de Alexander MEIKLEJOHN, quien en ocasión del enjuiciamiento de una decisión judicial específica significó que: “(...) la teoría que sostiene que los valores constitucionales pueden ser *ponderados* por los tribunales de apelación es radicalmente hostil, no sólo a la Primera Enmienda, sino también al propósito y a las estipulaciones de la Constitución entendida como un todo (...). La figura retórica de la ponderación, a la que recurre la opinión del Tribunal, sugiere la utilización de una balanza en la que es posible colocar dos pesos del mismo orden para que puedan ponderarse y comprobar, así, cual pesa más. Pero, en términos reales, la ponderación no se lleva a cabo. El problema legal (en el caso enjuiciado) dimana de la acusación contra Mr. Barenblatt de que ha dañado la seguridad, la preservación de la nación. ¿Cuánto daño

Una muestra del carácter periférico de estos cuestionamientos se identifica en el uso de la ponderación en la jurisprudencia estadounidense más reciente. En efecto, Stephen BREYER, juez asociado de la máxima judicatura de su país desde el 3 de agosto de 1994, ha resaltado en varias ocasiones que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha recurrido históricamente a la ponderación entre los intereses desavenidos en el controvertido concreto, específicamente en ocasión de los razonamientos relativos a la proporcionalidad de las restricciones impuestas al ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>64</sup>

En el caso *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, relacionado con el soporte financiero de las campañas políticas, el que también fuera profesor en Harvard razonó:

“(...) En tales circunstancias -en las cuales una medida implica de manera significativa intereses que entran en conflicto, los cuales, a su vez, han sido protegidos constitucionalmente en formas complejas- la Corte ha analizado detenidamente el impacto de la ley sobre aquellos intereses, no obstante, se ha abstenido de emplear un test simple que efectivamente presume la inconstitucionalidad. Por el contrario, ella ha ponderado estos intereses. En la práctica, esto ha significado indagar si la ley en cuestión implica la imposición de una carga a uno de tales intereses de forma desproporcionada respecto de los efectos benéficos de la ley sobre los otros (quizás, pero no necesariamente, debido a la existencia

---

ha causado? ¿Qué tipo de daño? Es difícilmente aceptable que su solo acto (de negarse a responder) haya situado a la nación ante un peligro mortal. ¿De cuánto daño es responsable? Es este un cálculo que la opinión judicial ni hace ni siquiera toma consideración. Y de forma análoga, el peso situado en el otro platillo de la balanza es igualmente indeterminado. Se afirma que el interés individual de Mr. Barenblatt sufre un daño menor como consecuencia de la acción del gobierno. Pero ¿qué interés o intereses suyos han sido sacrificados? ¿A qué equivalen? (...)” MEIKLEJOHN, Alexander, “The balancing of self-preservation against political freedom”, en *California Law Review*, n.40, 1961, pp. 7 y 12-13.

<sup>64</sup> Cfr. BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 236-238. También vid SULLIVAN, E y R. FRASE, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, 2009, *in integrum*.

de una alternativa claramente superior y menos restrictiva (...).”<sup>65</sup>

En otro caso, el *District of Columbia v. Heller*, el referido juez examinó el alcance de la Segunda Enmienda de la Constitución estadounidense, que como es consabido consagra el polémico derecho a portar armas:

“(...) Todo intento *en teoría* por aplicar el escrutinio estricto a la reglamentación sobre armas de fuego se convertirá *en la práctica* en una indagación acerca de la ponderación de intereses; tales intereses corresponden, por una parte, a aquellos protegidos en la Segunda Enmienda y, por la otra, a las preocupaciones gubernamentales respecto de la seguridad pública (...), la única cuestión aquí es si la regulación en cuestión impone cargas inadmisibles a los primeros intereses con el objeto de favorecer estos últimos. Yo adoptaría simplemente y de manera explícita tal ponderación de intereses. El hecho de que los intereses importantes se ubiquen a ambos lados de la ecuación constitucional sugiere que la revisión de la regulación sobre el control de armas no ocurre en un contexto en el cual un juez deba presumir de manera efectiva o bien la constitucionalidad (como el test de la base racional) o la inconstitucionalidad (como el escrutinio estricto) (...).”<sup>66</sup>

En conclusión, y sin desmedro de la significación de veracidad que pudieran corresponder a los juicios de descrédito ya anotados, no caben dudas de que la ponderación representó un cualitativo paso de avance en el íter de superación de los métodos de interpretación, aplicación y argumentación signados por el formalismo que hasta bien entrado el siglo XX puso en movimiento la jurisprudencia norteamericana. Supuso, en sintética expresión, una sociologización del derecho, pues, en definitiva, a través de la ponderación se trató de hacer coincidir

---

<sup>65</sup> *Cit. pos*, BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, 237.

<sup>66</sup> *Cit. pos*, BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, 237.

la *ratio* de las construcciones normativas vinculantes, sean leyes o precedentes, con las exigencias sociales históricamente mudables, lo que también constituyó la exaltación de un criterio deontológico de realización coherente del derecho, inclinado a recalcar la responsabilidad y el interés de los jueces por su consecución en la realización de la función jurisdiccional.

### III. Precisiones conceptuales elementales

La ponderación<sup>67</sup> no es exclusivamente un método jurídico, pues en su dimensión más amplia se puede conceptualizar como una forma de pensar y de actuar ante contingencias decisorias complejas. Se debe entender por contingencias decisorias complejas a las que potencialmente admiten una pluralidad de soluciones plausibles. Así, un médico pondera cuando después de diagnosticar una patología que tiene descritos dos o más procedimientos sanatorios, decide cual indicar al paciente en atención a sus características anatómicas y fisiológicas, al estado evolutivo de la enfermedad, a las posibilidades reales de adquisición de medicamentos, entre otras cuestiones trascendentes. También pondera el ingeniero civil cuando, en ocasión de un obra constructiva, decide, de acuerdo a las pautas preconstituidas del saber técnico que profesa, qué tipo de cimientos utilizar después de analizar y contrastar la composición del terreno, su resistencia, los materiales que su utilizarán en la edificación, su altura y demás dimensiones proyectadas, entre otros datos relevantes. Esta semántica mundana del término coincide con su acepción jurídica en el sentido de que la ponderación es, ante todo, una *forma de decidir*,<sup>68</sup> en cuya particularidad se

<sup>67</sup> El término ponderación (acción de ponderar), tiene su raíz en la locución latina *ponderatio*. El DRAE, en su segunda acepción, lo define como "(...) atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo (...)." En su tercera acepción alude a "(...) compensación o equilibrio entre dos pesos (...)." *Vid* Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en [del.rae.es](http://del.rae.es).

<sup>68</sup> *Cfr.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 9 y ss.

refleja la naturaleza polifacética del ser humano, de la sociedad en general y de la democracia en particular.<sup>69</sup>

Como ha explicado Enrique HABA:

“(…) Cuando se toma una decisión o se sostiene una tesis, se dan razones en pro, pero suele haberlas también en contra, de manera tal que ni las unas ni las otras consiguen ahí ser decisivas en forma indubitable. Esto hace necesario que cada uno, cuando se enfrenta a dicha clase de problemas, *pese* los argumentos en juego, someta a una *balanza* la fuerza de las razones a favor junto con la fuerza de las que hay en contra, para decidirse hacia el lado de aquéllas que *le* parecen más plausibles (…).”<sup>70</sup>

La ponderación es expresiva de la complejidad inherente al derecho como fenómeno social. A través de sus peculiaridades es posible entender que el derecho no se puede representar como una escala de blancos y negros, como una cuestión de *todo o nada*. Las piezas del derecho, en su interacción dinámica, no siempre muestran soluciones únicas, uniformes y lineales a los problemas de la vida del hombre en sociedad, pues no son infrecuentes los casos en que estas entran en conflicto y, por ende, requieren de una solución racional.

Esta perspectiva de amplitud es conteste con el reconocimiento de la necesidad de ponderar en espacios distintos al judicial. En la sentencia que resolvió el caso *Ganimat v. State of Israel*, sustanciado por la Corte Suprema israelí, el juez J. CHESHIN dio cuenta de este carácter multifacético de la ponderación cuando sostuvo que toda norma jurídica “(…) representa un balance entre intereses y fuerzas que pugnan hacia distintas direcciones. Esto se puede afirmar respecto de todas las constituciones, de las Leyes Fundamentales, de la legislación ordinaria, de los reglamentos (…). Toda *ley* encarna en última instancia una ponderación. Toda norma jurídica presenta

---

<sup>69</sup> Cfr. BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 380-381.

<sup>70</sup> HABA, Enrique Pedro, *Elementos básicos de axiología general. Epistemología del discurso valorativo práctico*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2004, p. 154.

su propia ponderación. Parte de dicha ponderación es determinada por el legislador; la parte que resta se determina, de conformidad con el legislador, por los jueces (...).<sup>71</sup> En efecto, la ponderación no es un mecanismo exclusivo de la aplicación judicial del derecho, pues su identificación en otros polos de la vida jurídica es relativamente sencilla. Si se comparte la definición inmediata que concibe a la ponderación como una forma de decidir, se presenta como obvio el hecho de que en el plano de lo jurídico las decisiones desde el poder están asociadas, generalmente, a la creación o a la aplicación de una norma. De un modo más específico, puede argüirse que si la ponderación es el método utilizable en la solución de conflictos integrados por principios, entonces es del todo coherente que su realización se expanda en todos los sectores donde la interpretación y aplicación de estos resulte necesaria. A modo de ilustración, pueden presentarse dos ejemplos relevantes, el primero vinculado con las decisiones que se adoptan en ocasión de la creación normativa, y el segundo sindicado en las actividades de aplicación de normas jurídicas que tiene lugar fuera de los perímetros de la función jurisdiccional judicial. En ambos casos, las decisiones pueden adoptarse a través de la instrumentación de una fórmula ponderativa debido a la concurrencia de una colisión de principios.

– La *ponderación legislativa*, que opera en ocasión de la función que realiza el legislador relativa a la calificación de hechos y circunstancias con trascendencia jurídica, y a la definición de las consecuencias que sobrevienen a esa calificación, tiene como finalidad la determinación de la fórmula regulativa que tribute a realizar la solución más adecuada en el conjunto de las posibles soluciones que se pueden desprender de la aplicación de la disposición normativa (la Ley) que resulte del proceso legislativo. La solución más adecuada en este caso se segrega de la preponderancia que el legislador otorga a un principio sobre

---

<sup>71</sup> CrimA 537/95. Ganimat v. State of Israel (1995), IsrSC 49(3) 355, 397.



otro (s). La jurisprudencia constitucional federal alemana ha dejado sentado que “(...) la Constitución atribuye un margen de ponderación al legislador, a fin de determinar la idoneidad y la necesidad de los medios elegidos para la consecución de los objetivos regulatorios establecidos por la ley. Lo anterior tiene también validez al juzgar sobre los fundamentos fácticos de una regulación legal (...).”<sup>72</sup> Las regulaciones jurídicas sobre la eutanasia, el aborto,<sup>73</sup> el matrimonio igualitario, entre otras cuestiones sobre las que el consenso del órgano creador o de la sociedad misma es difuso y sobre las que incide el contenido de varios principios, requieren de un análisis ponderativo que tenga como referente las consecuencias que previsiblemente se puedan desprender de la habilitación o prohibición de las mismas. La variable que finalmente se instrumente debe exteriorizar su *ratio* a través de un ejercicio argumentativo suficiente.

---

<sup>72</sup> Sentencia de la Primera Sala, del 15 de mayo, 2002 (1 BvR 1783/99), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México DF, 2009, p. 185.

<sup>73</sup> Sobre el tema del aborto el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desarrollado criterios valederos que ponen de relieve la importancia de una adecuada ponderación legislativa que dibuje con racionalidad los supuestos de primacía de los derechos del *nasciturus* en relación con los derechos de la gestante, o viceversa. En Sentencia de 25 de febrero de 1975 este magno foro expresó que: “(...) El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar -en aras del respeto a este bien jurídico- valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva. Si en tales casos el legislador considera que la conducta de la mujer no merece ser castigada y prescinde de los medios de una sanción penal, ello será en todo caso el resultado de una ponderación que cae dentro de la competencia del legislador y puede ser aceptada constitucionalmente (...).” Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975 (1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 120.

De hecho, la argumentación legislativa es en no pocos casos la expresión tangible de un razonamiento ponderativo. Una adecuada ponderación en el proceso de creación de una Ley puede ser la clave de su racionalidad. El profesor ATIENZA ha explicado en una de sus últimas obras que: “(...) la argumentación legislativa va dirigida a justificar (o rechazar) normas generales que se aplicarán en el futuro (...) y que contemplan (normalmente) casos genéricos. Para lograr esa justificación (...) hay que mostrar que el contenido y la estructura de la ley tienen las características de comunicabilidad, sistematicidad, eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia (...)”<sup>74</sup> Estas variables, individualmente entendidas, pueden requerir para su conjugación real un juicio de ponderación que estime, *ab intra* de un plexo de opciones a desarrollar en relación con la consagración de determinados principios, cual ha de ser su criterio de realización más sólido. Finalmente, es oportuno agregar que la ponderación legislativa está vedada en los supuestos donde la Constitución establezca una prelación principal, esto es, que exista una definición constitucional sobre el principio que debe primar en caso de una colisión de esta naturaleza. Por esa razón, las medidas que el legislador considera necesarias para la protección de un bien común importante, pueden ser criticadas con criterios constitucionales, si en virtud de los hechos conocidos por el Parlamento y de las experiencias, es claro que las regulaciones que se ofrecen como alternativas tienen el mismo efecto, pero afectan a menos los individuos. Es desde esta

---

<sup>74</sup> ATIENZA, Manuel, *Argumentación legislativa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 101. Para Juan Carlos BAYÓN, la pretensión del legislador al dictar una regla sería “(...) proporcionar por anticipado el resultado de un proceso de ponderación (...) para una clase de casos (esto es, para un caso genérico), lo que naturalmente presupone un determinado punto de vista acerca de cuáles son las razones que típicamente concurren en esa clase de casos y cuál el peso relativo que típicamente tienen ellos (...).” BAYÓN, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2001, p. 52.

óptica que cobra vigencia la catalogación de FERRAJOLI sobre la ponderación legislativa como “(...) fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entren en conflicto, por acción o por omisión, con las normas constitucionales (...).”<sup>75</sup>

– La Administración, en el ejercicio de sus funciones y sobre la base de criterios competenciales previamente definidos jurídicamente, realiza juicios ponderativos en los supuestos donde se requieren decisiones que trasciendan el basamento en lo estrictamente reglado, las que también deben ser siempre argumentadas.<sup>76</sup> Como ejemplos notables se erigen los razonamientos que subyacen en el ejercicio de la actividad planificadora de la Administración,<sup>77</sup> en las decisiones que se amparan en la potestad discrecional o en las que determinan la posibilidad de suspender la ejecución del acto administrativo en los marcos de un procedimiento recursivo, colocando en la balanza los beneficios, daños o perjuicios potenciales que se pudieran generar al administrado y las satisfacciones o lesiones que en tal sentido se configurarían para con los intereses públicos. En opinión de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO la “(...) imposición del método de la ponderación en (los) casos de actuación administrativa (...), es una eficaz manera de *limitar el ejercicio del poder, mediante la imposición de un riguroso deber de motivar las decisiones conforme a reglas racionales* (...)” Las incidencias del actuar de la Administración en la esfera de los derechos fundamentales exigen constantes raciocinios

---

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista, ” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2014, p. 44.

<sup>76</sup> *Vid* al respecto las explicaciones de ARROYO JIMÉNEZ, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo, ” en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 42-49.

<sup>77</sup> *Cfr.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Ponderación y actividad planificadora de la Administración, ” en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit, pp. 115-133.

ponderativos, cuyos resultados deben ser controlados judicialmente. En esta secuencia expositiva, el Tribunal Constitucional Español, en Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, concluyó que: “(...) también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. La cuestión de fondo que aquí enjuicamos es, precisamente, la de la corrección constitucional de *la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa*, confirmada por el órgano judicial, entre el ejercicio del derecho de reunión -en su modalidad de concentración o reunión estática en lugar de tránsito público- y el referido límite constitucional, todo ello desde la perspectiva, propia del caso, de la repercusión de ese ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportan una importantísima densidad de tráfico (...).”<sup>78</sup>

Ahora bien, el debate en torno a la ponderación judicial, como fragmento de las problemáticas que se desprenden de la aplicación del derecho principalizado, se ha arrogado como punto de partida su inserción en cánones metafóricos. En efecto, la delineación conceptual de la ponderación se estructura sobre la posibilidad de atribuir *peso* (nomenclatura propia de las ciencias físicas) a las estructuras normativas. Las normas no tienen *peso*, entendido este atributo como una característica de la materia, pues no son entidades físicas. Como ha escrito con precisión GARCÍA AMADO, “(...) cuando pesamos normas del

---

<sup>78</sup> Sala Segunda. Sentencia 66/1995, de 8 de mayo de 1995. Recurso de amparo 1.693/1992. Federación de Banca, Seguros y Oficinas de la Unión General de Trabajadores (FEBASo-UGT) contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Madrid, confirmatoria de resolución de la Delegación del Gobierno, sobre prohibición de concentración. Supuesta vulneración del derecho de reunión: prohibición extemporánea no lesiva del derecho. Voto particular. Publicada en BOE nº 140, Suplemento, martes 13 de junio de 1995.

tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico (...).<sup>79</sup> No obstante, la metáfora es feliz, pues refleja certeramente los aspectos esenciales del objeto sobre el que recae. También es una metáfora incisiva e intencionada, cuyo propósito es transmitir un sentido de objetividad en negación de cualquier concepción que catalogue a la ponderación como un método arbitrario y subjetivista, ajeno a criterios de ecuanimidad a través de los cuales solucionar conflictos relativos a la aplicación de principios. Este afán de objetividad decisoria, en afirmación de MARTÍNEZ ZORRILLA, es “(...) otra manifestación más de la necesidad de justificar o fundamentar adecuadamente las decisiones jurídicas, para que no resulten arbitrarias (...).”<sup>80</sup>

Así, para brindar solución al caso  $A^1$ , desarrollado en el contexto  $X$ , se presentan como óptimas las construcciones jurídico-normativas  $P_1$  y  $P_2$ , dotadas de sentido principal, cuyas consecuencias resolutorias exhiben notas distintivas no despreciables, motivo por el cual el intérprete debe dilucidar cuál de las variantes acopiadas exterioriza un mayor *peso*,<sup>81</sup> o lo que es

<sup>79</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Editorial Tirant lo Blanch, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, Consejo de la Judicatura Federal, Ciudad de México, 2017, p. 58.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, op. cit., p. 155. También *vid* GUASTINI, Riccardo, *Otras distinciones*, Traducción de Diego Dei Vecchi, Pedro Caballero Elbersci y Alejandro Calzetta, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 167-173.

<sup>81</sup> Sobre este aspecto la profesora Laura CLÉRICO anotó que la referencia a la ponderación ha de realizarse en alusión a un *proceso* de preparación de la determinación de la relación de prioridad o preferencia condicionada. En sus palabras, “(...) se trata (...) de la determinación de la existencia de una *regla-resultado de la ponderación* que sea *vinculante prima facie* para la solución de la colisión sin ponderación y, si no fuere el caso, de la determinación del peso abstracto y concreto de los principios y de la intensidad de la interferencia (...).” CLÉRICO,

lo mismo, cuál de las variantes se eleva como la más adecuada para fungir como pauta de traducción jurídica para con la realidad social contenida en el caso, esto de acuerdo con una serie de factores de naturaleza múltiple que deben ser comprendidos en un ejercicio argumentativo consecuente. El resultado de la ponderación lo constituye entonces un *enunciado de preferencia* cuya forma lógica es la siguiente: el principio  $P_1$  tiene más peso (más valor, resulta más idóneo) que el principio  $P_2$  en el contexto  $X$  en el que se desarrolla el caso  $A^1$ . La utilización del término *preferencia* tiene una marcada intencionalidad, a saber, el enunciado descrito no indica la validez de  $P_1$  y la invalidez de  $P_2$ . El *enunciado de preferencia* (que en sí mismo es un juicio comparativo entre el peso de  $P_1$  y  $P_2$ ) resulta a su vez de un juicio comparativo entre las soluciones que al caso concreto aportan los principios  $P_1$  y  $P_2$ , tomando en consideración la justicia y la racionalidad que estas suponen. En consecuencia, si la solución  $S_1$  corresponde a la aplicación del principio  $P_1$ , y la solución  $S_2$  corresponde a la aplicación del principio  $P_2$ , la estimación de un mayor peso a favor del principio  $P_1$  respecto al principio  $P_2$  depende de una mayor estimación de la justicia y la racionalidad que entraña la solución  $S_1$  respecto a la solución  $S_2$ , o viceversa.<sup>82</sup> Ahora bien, la preferencia del principio  $P_1$  respecto al principio  $P_2$ , y, por ende, la preferencia de la solución  $S_1$  respecto a la solución  $S_2$ , es condicional, es decir, depende del contexto  $X$  en el que se desarrolla el caso  $A^1$ . Ergo, la preferencia descrita no debe necesariamente cobrar vigor en el contexto  $Y$  en el que se desarrolla el caso  $A^2$ , donde también se ha denotado una colisión entre los principios  $P_1$  y  $P_2$ .

*Ponderar* significa poner en una balanza elementos en conflicto que, ilusoriamente proporcionados de *masa*, han de ceder a las leyes de la materia, sobreponiéndose uno sobre el

---

Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 200.

<sup>82</sup> Cfr. GUAISTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Traducción de César E. Moreno More, Editorial Zela, Puno (Perú), p. 149.

otro como resultado lógico de su preminencia corporal. En definitiva, se hace alusión a una forma de tomar decisiones definida por la imperatividad de sopesar razones que interactúan a favor y en contra de soluciones que normativamente cuentan con un nivel de estandarización, trastocado o desfigurado por un conflicto circunstancial, a la par que a la forma de fundamentar estas decisiones y los resultados que de ellas se segregan,<sup>83</sup> siendo esta especialidad la que diferencia a la ponderación de la subsunción.<sup>84</sup> Este mecanismo de razonamiento, reflejo de la complejidad que a la aplicación del derecho es inherente, exige una aceptación de posicionamientos *iustificativos* que trasciendan la exegesis y se adentren en las breñas del fenómeno jurídico desde una perspectiva holística.

Este boceto definitorio se puede concretar en una tetralogía de aspectos fundamentales:

- La definición de la ponderación implica un posicionamiento desde la metodología de la ciencia del Derecho, y muy especialmente desde la teoría de las normas jurídicas, pues debe reconocer como presupuesto la existencia de estructuras normativas diferentes de las reglas, es decir, debe participar de un juicio de afirmación

---

<sup>83</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, op. cit, pp. 720-727. Una idea concordante en PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, "Ponderación," en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, abril-septiembre de 2017, pp. 210-221. También *vid* el capilar pero ilustrativo estudio desarrollado por DE LA SIERRA, Susana, "La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio," en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit, pp. 99-114.

<sup>84</sup> La visión clásica de LARENZ califica a la subsunción como de *participación limitada* en la obtención de la premisa menor. Para este autor alemán la aplicación jurídica entraña siempre una valoración. No obstante, deja un espacio de posibilidad para los silogismos de subsunción en los supuestos de hecho que son configurados conceptualmente de un modo tan amplio -bien sea ya por el legislador o con ayuda de la Jurisprudencia científica- que permiten efectuar la integración, en la mayoría de los casos, en la forma lógica que esta figura establece. También entonces, "(...) sigue siendo válido, ciertamente, que la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho, el cual, por su parte, no se refiere ya, en último término, al silogismo, sino sólo a juicios de percepción y experiencia (...)." LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 269.

con respecto a los principios. Se debe observar, como ha indicado Aharon BARAK, “(...) que el ambiente jurídico no contiene solo a las disposiciones legales más cercanas, sino también los crecientes círculos concéntricos compuestos por los principios aceptados, por las finalidades básicas compartidas y por los criterios jurídicos fundamentales (...)”<sup>85</sup> La ponderación es, efectivamente, un criterio de diferenciación entre la categoría de los principios frente a la categoría de las reglas, entendidas ambas como tipos diferentes de normas jurídicas. La negación de la ponderación, es decir, la pretensión de resolver todos los casos sin acudir a los principios, entraña un posicionamiento *iuspositivista* formalista en su variante más peyorativa, pues no repara en las razones que le son subyacentes a las reglas. En otras palabras, la negación de la ponderación es equivalente a la negación del derecho como un sistema conformado por reglas y principios.

– La ponderación se manifiesta en una estructura de argumentación jurídica, pues supone la organización y el contrapunteo de argumentos, no brindando *per se* un criterio material determinante del contenido objetivo de los principios que, una vez entrados en colisión, deben ser sopesados. Una colisión de principios se configura cuando “(...) en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso (...)”<sup>86</sup> La ponderación se cristaliza entonces en el establecimiento y la fundamentación suficiente de una relación de precedencia de un principio con respecto a otro, condicionada por factores fácticos y jurídicos. La referencia al contrapunteo de argumentos es

<sup>85</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, pp. 97-98.

<sup>86</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2003, p. 226.



indicativa de la dialéctica intrínseca a la determinación de la preminencia de un principio con respecto otro en situaciones de colisión. El ejercicio argumentativo debe tener en estos casos dos líneas de razonamientos bien diferenciadas metodológicamente, aunque en su presentación se imbriquen en un todo orgánico y coherente: una línea de razonamiento positivo, alusiva a las razones por las cuales  $P_1$  debe prevalecer sobre  $P_2$  en el contexto  $X$  en el que se desarrolla el caso  $A$ ; y una línea de razonamiento negativo, alusiva a las razones por las cuales  $P_2$  debe ser derrotado ante  $P_1$  en el contexto  $X$  en el que se desarrolla el caso  $A$ . La profesora FERRARI YAUNNER ha reparado en esta característica, aduciendo que en ocasión de la ponderación “(...) no solo será necesario argumentar la elección en el sentido de demostrar que el principio seleccionado fue el correcto, sino que además debe justificarse la no prudencia de aquel que no ha sido elegido, demostrándose que la solución final resultante es la más justa para el caso concreto (...)”<sup>87</sup>

– La manifestación de la ponderación en una estructura de argumentación jurídica tiene como función específica justificar un estado puntual de prioridad de un principio con respecto a otro. Esta prioridad es de naturaleza puntual porque depende la apreciación axiológica de las circunstancias fácticas y jurídicas que concurran en un caso concreto y no de los escalonamientos jerárquicos propios del sistema de fuentes. El hecho de que la ponderación suponga una preminencia principal concreta está dado por la no existencia de un criterio de jerarquía en la ordenación de los principios, pues de lo contrario no sería cosa diferente a un mecanismo abstracto de gradación de estos con posibilidad

---

<sup>87</sup> FERRARI YAUNNER, Majela, “La ponderación como expresión del componente axiológico del Derecho,” en CARVALHO LEAL, Virginia, MATILLA CORREA, Andry y Maria Lúcia BARBOSA, *El Derecho Público en perspectiva: medio ambiente, política y sociedad. Segundo Simpósio de Derecho Público Brasil-Cuba*, Editora RTM-Mario Gómez da Silva, Belo Horizonte, 2018, p. 240.

de ser generalizado para la solución de conflictos de esta naturaleza.<sup>88</sup>

– Lo explicado en el apartado anterior no es óbice para rechazar la posibilidad de construir paulatinamente un catálogo de reglas que, concebidas a través de la instrumentación de la ponderación, valgan como guías para la solución de determinados casos en que se configure una colisión de principios. Estas reglas reflejan la relación entre las consideraciones sobre los fundamentos que sustentan la realización plena de los principios que participan del conflicto, es decir, determinan en que supuestos el cumplimiento de un principio implica la restricción de otro; se materializan en tendencias jurisprudenciales y son parámetros de la racionalidad de la ponderación, esto en el sentido de que dotan de coherencia a la actividad decisoria de los jueces. La operatividad de estas reglas depende de la similitud sustancial de los casos reiterados en el tiempo, pues resulta obvio que un cambio de circunstancias, sean fácticas o jurídicas, puede provocar su enervación. Un ejemplo al respecto lo constituye la ya comentada regla de prioridad generada en la solución del caso *New York Times v. Sullivan*, cuya esencia consiste en atribuir preferencia a la libertad de expresión y de prensa frente a los posibles atentados contra el derecho al honor de los funcionarios que su ejercicio pueda provocar, siempre que este no este guiado exclusivamente por una *real malicia* y si por una intencionalidad consecuente de la crítica racional a favor de la democracia. En la jurisprudencia constitucional española

---

<sup>88</sup> Para FERRARI YAUNNER la necesidad de la ponderación "(...) se deriva de la imposibilidad de que se establezca una jerarquía o un orden estricto entre los principios, válido para todos los casos. Ese orden ha de determinarse atendiendo al peso que adquieran los principios involucrados en cada situación concreta, de manera que la prevalencia de un principio sobre otro estará signada por la valoración que realice el juez. Por consiguiente, la ponderación entraña una cierta libertad, que tendrá sus límites en la racionalidad, su cauce en la argumentación y sus fines en la preservación de los valores jurídicos (...)." FERRARI YAUNNER, Majela, "La ponderación como expresión...", op. cit, p. 243.

esta tensión entre la libertad de expresión y prensa y el derecho al honor ha sido frecuente. En las soluciones aportadas, el Tribunal Constitucional Español ha ido estableciendo paulatinamente un catálogo de reglas con el fin de armonizar la práctica jurisprudencial ante esta colisión principal específica. La Sentencia 65/2015, de 13 de abril, constituye una ejemplificación clara de la taxonomía y del establecimiento de reglas de prioridad, operaciones a las que se ha referido ATIENZA en múltiples oportunidades.<sup>89</sup> En dicha resolución este alto foro de justicia explicitó lo siguiente: “(...) De nuevo llega hasta este Tribunal una controversia jurídico-constitucional en la que aparecen comprometidos, de una parte, el derecho fundamental al honor y, de la otra, las libertades -también con la condición de derechos fundamentales- de expresión o de información; derechos, unos y otros, colindantes en su definición constitucional (...) y a menudo en conflicto, por ello, en la experiencia jurídica concreta. Corresponde ante todo a la jurisdicción ordinaria asegurar, en los procesos de los que conozca, un ponderado equilibrio entre las posiciones

---

<sup>89</sup> Vid ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, pp. 157-158; y ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Editores, Lima-Bogotá, 2012, pp. 34-35. En este último texto, el profesor de Alicante desarrolló su esquema de razonamiento sobre la cuestión que se analiza de la siguiente manera: En mi opinión, el método utilizado por el Tribunal Constitucional podía caracterizarse mediante dos pasos. El primero consistía en la construcción de una taxonomía que permitiera ubicar cada caso dentro de una determinada categoría: por ejemplo, podía tratarse de una contraposición entre la libertad de información y el honor, entre la libertad de información y la intimidad, etc. En el segundo paso, se elaboraban *reglas de prioridad*, como la siguiente: Cuando existe una contraposición entre la libertad de información y el derecho a la intimidad: **1. Hay una presunción prima facie a favor del derecho a la intimidad. 2. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer si:** 2.1. *La información tiene relevancia pública.* Una información tiene relevancia pública si: 1. Afecta a una personalidad pública; o 2. A alguien que, sin serlo, desempeña un cargo o profesión de interés público. Una información no tiene nunca relevancia pública si: 1. Contiene extremos que afectan al honor de las personas; y 2. Son innecesarios. 2.2. *Es veraz.* Una información es veraz si: 1. Es verdadera; o 2. Es falsa, pero se ha procedido con la diligencia debida al elaborarla. 2.3. *No contradice los usos sociales (...).* ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, op. cit, pp. 34-35.

subjetivas que busquen ampararse, respectivamente, en aquel derecho al honor y en los que preservan, en tensión con él, una comunicación pública libre, por más que tal ponderación o ajuste pueda ser, como aquí ha ocurrido, sometido al ulterior enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, pues la convivencia armónica entre unos derechos y otros no queda preservada, según con reiteración hemos dicho, mediante la sola argumentación en la resolución judicial sobre cuál sea el respectivo valor, *ad casum*, de unas pretensiones y otras (...).” Con posterioridad a este razonamiento general, el Tribunal Constitucional desarrolla las cuestiones a tomar en consideración para la realización efectiva de la ponderación, dejando esclarecidos así los pendientes a los que debe atender el juez en casos futuros a fin de brindar prioridad a uno de los principios en pugna. En esta dirección, el órgano jurisdiccional discurre: “(...) el juez que conozca de pretensiones enfrentadas y basadas, respectivamente, en la defensa del honor y en la afirmación, frente a ella, de la propia y legítima libertad de expresión debe sopesar una y otra situación jurídica en atención a las circunstancias del caso; al contenido y contexto de las manifestaciones proferidas o puestas por escrito; a su intensidad aflictiva, mayor o menor, sobre el honor ajeno; al posible interés público del objeto sobre el que se hicieron aquellas manifestaciones; a la condición pública (como personaje de notoriedad social o como autoridad pública) o privada de quien haya visto afectado su derecho ex art. 18.1 CE; al carácter genérico o, por el contrario, individualizado de las referencias que, en uso de la libertad ex art. 20.1 a), puedan causar daño en el bien tutelado por aquel derecho; a la distinción, capital, entre criticar un acto o comportamiento, en sí mismo, o hacerlo solo a resultas de la censura *ad personam* de quien lo llevó a cabo y, en fin, a cualesquiera otros elementos significativos que permitan la

mejor identificación y reconocimiento del respectivo valor que tuvieron, en el caso, los derechos así en liza (...).<sup>90</sup>

Como se puede apreciar, esta representación analítica se sedimenta en la aplicación misma de los principios, entendida como una necesidad ante los ineludibles déficits de un sistema normativo cerrado, integrado únicamente por reglas con *autonomía semántica*, es decir, por “(...) reglas cuyo significado en principio puede determinarse sin necesidad de acudir a las razones subyacentes a esas mismas reglas, a las razones que justifican modelizar deónticamente de una cierta manera una determinada forma de conducta (...) en circunstancias determinadas que la regla caracteriza asimismo de manera precisa (...).”<sup>91</sup> La utilidad de los principios, sin depreciación de la función informadora que realizan en el ordenamiento jurídico, se advierte en un grupo de contingencias normativas que descartan la idoneidad de las reglas, configuradas por la imposibilidad de incluir hechos sociales con trascendencia jurídica en sus formulaciones hipotéticas, es decir, por la ocurrencia de un fallo (inevitable) de previsibilidad regulativa, o porque la selección de la regla a aplicar tiene como fuente a la arbitrariedad, o porque con la aplicación de la regla se quiebran trascendentales cánones axiológicos.

El primer ejemplo de insuficiencia aludido en relación con la aplicación de las reglas es el de las denominadas *lagunas normativas* (no hay regla aplicable para un caso de relevancia

---

<sup>90</sup> Sala Primera. Sentencia 65/2015, de 13 de abril de 2015. Recursos de amparo 1485-2013 y 1486-2013 (acumulados). Promovidos por don Ivo Aragón Iñigo Fernández y don Sergio Benítez Moriana en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel y de un Juzgado de lo Penal que les condenaron por un delito de injurias graves con publicidad. Supuesta vulneración de las libertades de expresión e información: condena por injurias graves por las inequívocas acusaciones de falta de probidad dirigidas contra el juzgador en un determinado proceso. Votos particulares. Publicada en BOE nº 122, Suplemento, viernes 22 de mayo de 2015.

<sup>91</sup> RUIZ MANERO, Juan, “Rule of Law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar,” en ALONSO, Juan Pablo (coordinador), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 25.

para el derecho). El segundo ejemplo se refiere a las *antino-mias* no solucionables con la aplicación de una metarregla (*v. gr. lex superior, lex posterior, lex specialis*), es decir, el caso a solucionar puede ser subsumido en varias reglas que postulan soluciones encontradas, sin que exista un criterio técnico-racional que permita descartar la aplicación de alguna (s) de dichas reglas, quedando la selección arbitraria como única solución dentro de los marcos reglados. El tercer ejemplo se concreta en las *lagunas axiológicas*,<sup>92</sup> esto es, cuando la regla con vocación de aplicabilidad contraviene propiedades concurrentes en el caso tuteladas por los valores que el derecho incorpora. Además, pueden también sobrevenir las llamadas *lagunas de reconocimiento*,<sup>93</sup> ocasionadas cuando las reglas no gozan de *autonomía semántica*, o lo que es lo mismo, cuando no se tiene precisión sobre la posibilidad de subsumir un caso en una regla determinada por la terminología que esta desarrolla y que es trascendente en el ejercicio de calificación normativa.

<sup>92</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, pp. 155-166. Para estos *iusfilósofos*, las *lagunas axiológicas*, que en el ámbito conceptual resultan incompatibles con las *lagunas normativas*, implican "(...) algo que se predica (es una propiedad) de un caso. Este concepto es, además, relativo a un sistema normativo, a un Universo de Acciones y también a una hipótesis de relevancia (...). Para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución. De lo contrario, se trataría de una laguna normativa (...)." Finalmente, y como característica relevante de las *lagunas axiológicas*, se presenta "(...) la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de relevancia). En el caso de la laguna axiológica, la solución existente se considera axiológicamente inadecuada, porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distinguo que debe hacerse (...)." ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, p. 157.

<sup>93</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, pp. 47-51. Refieren estos autores argentinos que las lagunas de reconocimiento aluden a "(...) los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión (...)." Más adelante aclaran, en alusión a las *lagunas normativas*, que a diferencia de estas, cuyo problema es de índole conceptual, las *lagunas de reconocimiento* "(...) aparecen en el nivel de la aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos (...))." ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos...*, op. cit, p. 50.

Ahora bien, una vez superado el plano de las reglas queda expedita la aplicación de los principios, que no está exenta de anomalías, pues en su desarrollo estos pueden igualmente colisionar. La ponderación se dispone a solucionar inconsistencias en la aplicación de los principios que, en la terminología de Ross, son del tipo *parcial-parcial*. Las inconsistencias consisten en la imputación de efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas por parte de dos normas jurídicas. Las inconsistencias *parcial-parcial*, en diferenciación de las inconsistencias de los tipos *total-total* y *total-parcial*, son aquellas que tienen lugar cuando “(...) cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes (...)”<sup>94</sup> Evidentemente, no es compatible la ponderación con las inconsistencias *total-total*, entendida como aquellas que exigen que una norma no “(...) puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con otra (...)”<sup>95</sup> siendo aquí los círculos que las representan plenamente coincidentes, ya que *ponderar* implica una posibilidad de discernimiento que se realiza sobre la base de dos polos decisorios que no son absolutamente excluyentes. Este margen es el que permite balancear los principios en colisión, es lo que permite que las peculiaridades de naturaleza difusa que concurren en los casos concretos sean tomadas racionalmente por el que interpreta el derecho y lo aplica para solucionarlos. En lo que concierne a las inconsistencias *total-parcial*, estas son, “(...) cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera (...)”<sup>96</sup> siendo

---

<sup>94</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 125.

<sup>95</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit, p. 124.

<sup>96</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, op. cit, pp. 124-125.

la representación geométrica aquí la de un círculo contenido dentro de otro más grande, tampoco es la ponderación la solución más atinada. En este supuesto existe un principio que por su contenido es más idóneo para la solución del caso, siempre y cuando, claro está, esta exija la entrada en vigor del contenido del principio que supone un exceso para con el otro supuestamente contrario (la porción del círculo grande que no coincide con la superficie del pequeño), razón por la cual GUASTINI aduce que ante tal tipología de inconsistencia se debe seguir un criterio de especialidad.<sup>97</sup>

Es característico también de la ponderación la concepción de un juicio de valor que inclina la atención a un principio en desmedro de otro. Este juicio de valor es el que configura la *jerarquía axiológica* que atribuye un peso superior a uno de los principios en pugna, denotando que la elección no se ciñe a un criterio propio de las fuentes del ordenamiento, sino a una valoración de prelación que forja el intérprete. En esta orientación, “(...) la norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe, en el sentido de que es dejada de lado (...)”<sup>98</sup> Se debe observar entonces en este contexto que *ponderar* (...) no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando otro (...).<sup>99</sup>

El profesor PRIETO SANCHÍS subrayó en sus observaciones al respecto, ceñidas al terreno de los principios constitucionales, que:

“(...) El juez ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver

<sup>97</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 170.

<sup>98</sup> GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 170.

<sup>99</sup> GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 170.



el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una *jerarquía axiológica*, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía (...).”<sup>100</sup>

Es necesario aclarar que cuando se pondera no se realizan juicios de valor sobre la factibilidad de los principios desde una perspectiva abstracta. Todo lo contrario. La ponderación implica la estimación del impacto de los principios en su aplicación al caso concreto (lo que no niega la creación potencial de tendencias decisorias), por lo que el juez se centra en un criterio resolutivo, desprendido de un conflicto principal, que no lo conmina a decidir en términos idénticos en los casos futuros. En apreciación del Tribunal Constitucional Español, cuando se acude a la ponderación “(...) no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca (...).”<sup>101</sup> Un pronunciamiento técnico similar exteriorizó este pleno de justicia en Sentencia 53/2002, de 27 de febrero, al

---

<sup>100</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, ” en *AFDUAM* 5, 2001, p. 216.

<sup>101</sup> Sala Primera. Sentencia 320/1994, de 28 de noviembre de 1994. Recurso de amparo 1.389/1993. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, en apelación, contra la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de la misma ciudad, en procedimiento abreviado sobre delito de injurias. Vulneración del derecho a comunicar libremente información: ponderación judicial indebida de los derechos fundamentales en conflicto. Publicada en BOE nº 310, Suplemento, miércoles 28 de diciembre de 1994.

sustentar que “(...) el mandato de ponderación exige: en primer lugar, la identificación de un bien o interés de relevancia constitucional al cual sirve la limitación de otro bien constitucional; y en segundo lugar, identificar las condiciones en que un interés constitucional prevalece sobre otro (...)”<sup>102</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sido más precisa, pues a la par de reconocer el casuismo ponderatorio, ha admitido la posibilidad de establecer criterios de decisión con vocación de fungir como pautas para la solución de conflictos suscitados *a posteriori*, lo que no es cosa distinta a una afirmación de la vigencia de las directrices jurisprudenciales en los sistemas de fuentes formales. Se refuerza así la idea que participa de entender a la jurisprudencia como un instrumento adecuado para la protección de la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad y objetividad judicial,<sup>103</sup> cuya función esencial es la de reducir la pluralidad de posiciones que puede generar la respuesta de los jueces a las controversias jurídicas. Así, en Sentencia de 10 de octubre de 1995 esta judicatura alemana demarcó que “(...) el resultado de la ponderación no se puede anticipar de manera general y abstracta debido a su carácter casuístico. Sin embargo, en la jurisprudencia se han desarrollado una serie de puntos de vista que pretenden establecer los criterios para la evaluación

---

<sup>102</sup> Pleno. Sentencia 53/2002, de 27 de febrero de 2002. Recurso de inconstitucionalidad 2994/94. Promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984. Supuesta vulneración del derecho a la libertad personal y de la reserva de ley orgánica: permanencia en frontera de quienes piden asilo, mientras se tramita la admisión a trámite. Votos particulares. Publicada en BOE nº 80, Suplemento, miércoles 3 de abril de 2002.

<sup>103</sup> *Apud* FERRERES COMELLA, Víctor, “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia,” en FERRERES, Víctor y XIOL, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 75.

en concreto (...).<sup>104</sup> Esta idea fue reiterada en Resolución de 10 de noviembre de 1998 del propio órgano juzgador:

“(...) El resultado de (la) ponderación no se puede pre-determinar en forma general y abstracta debido a que las circunstancias dependen del caso individual. En la jurisprudencia, sin embargo, se han constituido con el paso del tiempo algunos precedentes legales. En este sentido, en los casos en que se valora la protección de la personalidad, ésta prevalece regularmente sobre la libertad de opinión, cuando la afirmación se presenta como una agresión a la dignidad humana, como una crítica vergonzante o como una injuria de carácter formal (...). En el caso de aseveraciones sobre hechos, la ponderación depende del contenido de verdad. Las afirmaciones verdaderas, por regla general, deben ser aceptadas, aun cuando sean desventajosas para el implicado; no ocurre lo mismo con las que no son ciertas (...).<sup>105</sup>

Dicho en otras palabras, los resultados de la ponderación no tienen vocación de proyectarse con uniformidad en el tiempo, aunque tal circunstancia se puede sintetizar como consecuencia lógica de la dinámica jurisprudencial y como parámetro de racionalidad en la aplicación judicial del derecho. Entonces, a la ya referenciada *jerarquía axiológica* habría que adicionarle una nota distintiva: la movilidad. La *jerarquía axiológica móvil* es el punto de legitimación de la aplicación de los principios en apego absoluto al mayor grado de relevancia del contenido que ostenten, esto en relación con sus posibilidades de resolución para con una particularidad fáctica. El hecho de que el principio  $P_1$  sea preferido en relación con el principio  $P_2$  para la solución del caso  $A^1$ , por resultar de su aplicación consecuencias más justas, o simplemente menos injustas, en el contexto  $X$ , que las

---

<sup>104</sup> Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre, 1995 (1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 65.

<sup>105</sup> Resolución de la Primera Sala, del 10 de noviembre, 1998 (BvR 1531/96), en SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit, p. 65.

que se derivan de la aplicación de su contrario parcial, no significa que ante la concurrencia del caso  $A^2$ , se exija un proceder idéntico, ya que las especificidades que presenta en relación con  $A^1$ , es decir, el hecho de que se desarrolle en el contexto  $Y$ , pueden mover la preferencia de  $P_1$  a  $P_2$ .

*Ab initio*, dos principios pueden experimentar una situación de enfrentamiento desde un plano de abstracción (enfrentamiento necesario) o desde un plano de concreción (enfrentamiento contingente).<sup>106</sup> En el primero de los casos, una interpretación abstracta (no conflictual) de dos principios contenidos en un ordenamiento jurídico determinado puede resultar en la construcción de una conclusión contradictoria, pues los supuestos de hechos que contenga un principio pueden ser también asumidos por el otro, aunque con consecuencias encontradas, es decir, no compatibles. Al respecto, GUASTINI utiliza un ejemplo italiano que puede ser extendido a la mayoría de los ordenamientos constitucionales en el derecho continental, a saber, el enfrentamiento latente entre la regulación del principio de presunción de inocencia y la regulación del principio que autoriza la prisión preventiva. A pesar de que la raigambre técnica de la ejemplificación no es del todo feliz,<sup>107</sup> si es posible colegir de ella una premisa relevante: la regulación jurídica también implica razonamientos ponderativos, solo que en este escenario son proyectados con un nivel considerable de generalidad, denotando que la traducción jurídica de las relaciones sociales no puede estar guiada por esquemas rígidos, sino que tiene que reflejar los escenarios de contradicción en que estas habitualmente se desarrollan. En esencia, lo que acontece es una proyección de circunstancias que requieren de

---

<sup>106</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit., pp. 167 y ss.

<sup>107</sup> Si bien es cierto que la presunción de inocencia se erige como un principio cardinal de todo régimen jurídico garantista, esto por sus implicaciones informadoras y su propia estructura normativa, no se puede decir lo mismo de la institución de prisión preventiva, ya que esta, en su naturaleza cautelar, no es más que un desprendimiento del principio de prevención social que sostiene a todo aparato jurídico sancionador.

tutelas diferenciadas, lo que no niega que ambas directrices tutelares puedan ser principalizadas.<sup>108</sup> En el segundo de los casos, propio de la aplicación judicial del derecho, el conflicto entre los principios se desarrolla cuando estos se disponen a brindar solución a un controvertido concreto. Aquí, la colisión es contingente por naturaleza, y no necesaria como en la explicación anterior, pues su existencia depende “(...) del hecho de que algunos supuestos de hecho concretos (pero no todos) caen simultáneamente en el campo de aplicación de dos principios que establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí (...).”<sup>109</sup>

Ahora bien, un análisis cabal de la ponderación ha de comenzar por discernir la dualidad metodológica que en ella concurre, a saber, la determinación del *resultado ponderativo*, es decir, la decisión particularizada de conceder prioridad aplicativa a uno de los elementos normativos en pugna, y la comprensión del *procedimiento ponderativo*, o sea, la identificación y crítica del tracto de los razonamientos esgrimidos en pos de conseguir la preminencia de uno de ellos. El *resultado ponderativo* representa la dimensión superficial del fenómeno, pues su trascendencia práctica es meramente enunciativa. A *contrario sensu*, el *procedimiento ponderativo* contiene toda la esquematización de la dinámica del pensamiento jurídico puesto en función de un asunto litigado que por sus características y grado de dificultad amerita su realización, es la secuencia

---

<sup>108</sup> Esta cuestión puede ser analizada desde la perspectiva de lo que ATIENZA llama *racionalidad teleológica*, como uno de los niveles de la *racionalidad legislativa*. En apreciación del profesor alicantino, este nivel de racionalidad implica que “(...) los editores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes (...). El sistema jurídico es visto como un medio para conseguir fines; por tanto, no desde la perspectiva del jurista (o del jurista tradicional), sino desde la perspectiva del científico social (...).” ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 37-38. Evidentemente, la situación que se analiza, consistente en que la formulación de dos (o más) principios pueda provocar notas de discrepancia, es un resultado de la heterogeneidad y la complejidad de los intereses que es necesario proteger a través de la regulación jurídica.

<sup>109</sup> GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, p. 167.

de razonamientos de motivación y justificación que *a posteriori* debe quedar consignada en la decisión argumentada que finalmente se adopte.

Con razón ATIENZA se refiere a la ponderación bajo el rubro de *técnica argumentativa*, desentrañando lo que hemos dado a llamar *procedimiento ponderativo* como un movimiento en dos pasos, siendo el primero, el de la ponderación *en sentido estricto*, el que supone el tránsito “(...) del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla (...)”; mientras que en el segundo “(...) se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver (...)”.<sup>110</sup> El primer paso presupone que en lo que respecta a la solución de un caso puntual existen dos principios aplicables, cuyas consecuencias jurídicas resultan incompatibles entre sí, mientras que en el segundo se forja una regla individualizada que, irradiando un conjunto de circunstancias concurrentes, establece que uno de ellos prevalece sobre el otro.

Como se puede avizorar, la aprehensión de la teoría de los principios resulta cardinal en el mecanismo ponderatorio, pues aquellos son la materia prima con este opera, ya que, en definitiva, la ponderación no es otra cosa que una propuesta racional de solucionar un conflicto entre principios, siendo precisamente la racionalidad el zócalo de su legitimidad.<sup>111</sup> Como explica KAVANAGH:

“(...) Para poder valorar la razonabilidad de una decisión, debemos necesariamente valorar la ponderación que ha realizado el agente decisor. Dado que las decisiones que han de ser revisadas consisten, en su mayor parte, en una ponderación entre intereses en conflicto, una valoración de su razonabilidad implica una evaluación de si

<sup>110</sup> ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación...”, op. cit, p. 26. También *vid* ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 183-185.

<sup>111</sup> *Apud* BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 43-68.

la ponderación realizada por la decisión es razonable. Por tanto, ponderar y valorar la razonabilidad no son alternativas opuestas (...).<sup>112</sup>

Siguiendo la cadencia explicativa de Nils JANSEN, se puede concluir al respecto que una tesis cardinal de la teoría principalista sostiene que la noción de ponderación “(...) está conceptualmente relacionada con la noción de principio jurídico. En consecuencia, en todo ordenamiento jurídico que contenga principios jurídicos, la ponderación tiene que constituir una forma fundamental de aplicación del derecho (...).”<sup>113</sup> Esta lógica coloca a la ponderación como una condición imprescindible en los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, pues, sin llegar a dar por cierta la diferenciación dicotómica de ZAGREBELSKY,<sup>114</sup> la existencia de una Constitución, que se constituye como una exigencia de los Estados democráticos, y, por consiguiente, de normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia, es indicativa de la existencia de principios en dichos ordenamientos. En consonancia, la existencia de principios supone la posibilidad de una contingencia de colisión principal, lo que a su vez condiciona la necesidad de ponderar.

Son los principios los arquetipos normativos con posibilidades de representar un *peso* especificado (una importancia circunstancial), esto es, una vocación de aptitud insustituible para solventar una controversia que permita balancearlos a fin de estipular cual es el más idóneo con respecto a otros que, *prima facie*, también son de posible aplicación. Este atributo de *peso* de los principios tiene un claro antecedente en la especulación

---

<sup>112</sup> KAVANAGH, Aileen, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 247.

<sup>113</sup> JANSEN, Nils, “Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho”, en SIECKMANN, Jan-R (editor), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 58.

<sup>114</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 109-110.

de DWORKIN, en cuyo ataque al positivismo de HART denominó como tales a los estándares “(...) que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (...)”<sup>115</sup> Aquí racionalidad y justicia pueden contemplarse en estado de concatenación necesaria, pues un resultado jurídico justo implica la construcción de un juicio racional. Los juicios decisorios signados por la racionalidad tienden a flexibilizar los esquematismos que redundan solamente en una justicia formal. La complejidad social exige que la aplicación del derecho no se circunscriba a una operación aritmética, aunque en los casos fáciles, que son la generalidad, la simple subsunción de conjuntos (el que representa la circunstancia fáctica en el que representa la hipótesis normativa) sea suficiente para alcanzar soluciones meritorias. Por el contrario, en los casos difíciles, que son menos frecuentes y que se caracterizan por la existencia de razones a favor y en contra de cualquier solución que para ellos se considere, de lo que se trata es de concebir salidas para conflictos con relevancia en la composición sistémica del ordenamiento jurídico. Una colisión de principios, materializada por ejemplo en una laguna axiológica, es un evento que transversaliza la ordenación jurídica y pone en riesgo su coherencia, por lo que su solución debe optar por encontrar su legitimación en sus fundamentos más prístinos. La justicia debe ser, indudablemente, el fundamento primordial de toda ordenación jurídica. *Ergo*, la ponderación es también un método de aplicación del derecho que persigue la realización de la justicia en entornos donde la tradicional subsunción no es suficiente para alcanzar este fin. Con razón ALEXY ha señalado que “(...) la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es

---

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.



uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales (...).<sup>116</sup>

En otra orientación, también caracteriza a los principios su *vis* de optimización, pues su aplicación tiende a optimizar su objeto atendiendo a posibilidades fácticas y jurídicas. Estos dos perfiles definitorios son los que segregan que la ponderación sea la forma característica de aplicación de los principios, asumiendo que, en oportunidad de una colisión, el principio tomado por inferior en el *procedimiento ponderativo* quedará postergado frente a otro más conveniente de acuerdo con los requerimientos del caso, aunque sin perder su validez jurídica. Consonantemente, la afirmación de la ponderación depende de la salida que se acoja en lo que compete a la teoría general de las normas. Como acotó certeramente ALEXY, lo que fundamenta la construcción teórica sobre las normas “(...) por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios (...)”<sup>117</sup>. No se puede pensar en *ponderar* si no se admite la existencia de los principios, dado que una apología en exclusiva a favor de las reglas supone una absolutización del método de subsunción. Las reglas, en tanto mandatos definitivos,<sup>118</sup> pueden cumplirse o incumplirse,

<sup>116</sup> ALEXY, Robert, *La Institucionalización de la Justicia*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 458.

<sup>118</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación...*, op. cit., p. 458; y ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 87 y ss. En esta última obra el citado tratadista aludía: “(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principios (...).” ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 87. También *vid* el breve pero ilustrativo de trabajo de CIANCIARDO, J, “Principios y reglas: una aproximación

dicho de otra forma, en su dinámica aplicativa responden a un juicio de *todo o nada*, mientras que los principios pueden ser cumplidos en un grado oscilante, esto en dependencia de las posibilidades, tanto fácticas como jurídicas, que concurran al momento de su aplicación.

Se desprende, aunque no de manera mecánica, que la subsunción es el método de aplicación por excelencia de las reglas, siendo suficiente la congruencia entre su hipótesis y el hecho requerido de respuesta jurídica, correspondiendo entonces la declaración de invalidez de una de las que concurren a la pugna, para lo cual se han establecido criterios determinantes tales como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat generali*, los que por su naturaleza no pueden ser utilizados para solucionar los conflictos de principios. El primero de ellos, expresión de la jerarquía normativa que informa todo ordenamiento jurídico es desechable en el sentido de no corresponder la aplicación de determinaciones jerárquicas en el ámbito de los principios, menos aun cuando lo ordinario es que tales principios tengan respaldo constitucional. De hecho, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se admite que no existen jerarquías internas entre los principios, es decir, que estos no están dotados de un peso autónomo y diferenciado, esto por ser expresión de un mecanismo de regulación jurídica que supone un estado de compatibilidad entre la plena realización individual y la plena realización sistémica.<sup>119</sup> En esta dirección también resulta inadecuado el segundo criterio, adicionando que en el caso de los principios constitucionales estos concurren en ocasión de una misma disposición normativa, es decir, son coetáneos. El tercer criterio resulta problemático, ya que ciertamente puede ser plausible que la especialidad funja como criterio de diferen-

---

desde los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, n° 108, año XXXVI, México DF, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.

<sup>119</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional, ” en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, pp. 101-102.

ciación (trivial) entre principios a través de la inclusión de una cláusula de excepción.<sup>120</sup> No obstante, es de considerar que una absolutización de la especialidad puede contravenir la función informadora de los principios para con el ordenamiento jurídico en sus totalidad. Así, la tutela que dispensan los principios, y más aún cuando estos ostentan regulación constitucional, no se puede menospreciar con la simple determinación metodológica de la especialidad que estos representan. Las consecuencias de abrazar este criterio pueden ser múltiples, en tanto pretende simplificar un fenómeno que lo trasciende. La ponderación, como método racional, implica mayores posibilidades de determinación en la aplicación del derecho, a la par que condiciona un discurso argumentativo más profundo y apegado con las circunstancias del caso.

El profesor BERNAL PULIDO exteriorizó su posición sobre el tema en los términos siguientes:

“(…) Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios (…).”<sup>121</sup>

Las notas distintivas de los principios impiden una solución netamente subsuntiva ante un escenario conflictual entre ellos, ya que sus posibilidades de cumplimentación movable y condicionada<sup>122</sup> requieren una mayor plasticidad, capaz de expresar

---

<sup>120</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo...*, op. cit, pp. 168-169.

<sup>121</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, op. cit, p. 225.

<sup>122</sup> En ocasión de la diferenciación entre principios y reglas, los españoles Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO entendieron que, en su aspecto normativo, la contribución de los principios a la argumentación es más modesta que la de las reglas, lo que fue desarrollado como la

la materialización de su máxima realización a través de juicios *ponderativos* que determinen su procedencia. Evidentemente, este razonamiento no puede ser absolutizado, pues solo se refiere al plano externo del problema, lo que no desdice que entre subsunción y ponderación exista una rica relación subyacente, ya que una vez seleccionado el principio vencedor, como resultado del *procedimiento ponderativo*, lo que queda es subsumir el caso en su límites de normación. En otro sentido, y en aquiescencia con BOROWSKI, las reglas pueden hacer referencia a principios, de forma que su contenido dependa de la ponderación.<sup>123</sup> Aún más, la propia identificación del conflicto entre principios exige un razonamiento previo de subsunción, pues se hace preciso delimitar la aplicación de los principios enfrentados al caso concreto, es decir, se requiere dejar sentado que los particulares del caso se hallan incluidos en el espectro de aplicación de los principios contendientes. No obstante, es también posible que los principios en pugna cuenten con hipótesis difusas, de difícil captación, lo que implicaría realizar una *subsunción valorativa*,<sup>124</sup> esto es, una estimación de los

---

aceptación de una nota de complejidad superior de la ponderación frente a la subsunción. Desde un enfoque en extremo práctico estos autores defendieron que los principios "(...)" no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios "(...)" no eximen de la tarea de efectuar la ponderación "(...)"". ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "Sobre principios y reglas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 10, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1991, p. 115. Además, *vid* ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 21-22.

<sup>123</sup> Cfr. BOROWSKI, Martin, "La ponderación en la estructura jerárquica del derecho", en *Revista de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, celebrada en el Palacio de Aljafería, sede de las Cortes de Aragón, los días 24 y 25 marzo de 2015, p. 58.

<sup>124</sup> La expresión es utilizada por PRIETO SANCHÍS, cuyo razonamiento al respecto consiste en explicar que: "(...) a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al

límites de la regulación principal y de las características del caso concreto a fin de lograr una apreciación de congruencia. Así, subsunción y ponderación no son, ni pueden ser, operaciones antitéticas. Si bien es posible subsumir sin ponderar, es impensable poder ponderar sin subsumir. La subsunción, en un primer momento, circunscribe el espacio de la oposición de los principios, resulta una operación necesaria *ex ante* de la ponderación. En un segundo momento, realizada la ponderación propiamente dicha, es decir, habiéndose determinado racionalmente el principio derrotado y el principio vencedor, se requiere de la subsunción para brindar al caso concreto la solución que este último postula, siendo aquí una operación necesaria *ex post* de la ponderación. Existe entonces una concatenación lógica entre subsunción y ponderación que se realiza en la solución de los casos que entrañan una colisión de principios. Subsunción y ponderación tiene una relación recíproca, pues como ha indicado GARCÍA FIGUEROA, “(...) la subsunción es el ideal de la ponderación y la ponderación la realidad de la subsunción (...)”<sup>125</sup>

La incidencia de la ponderación en los predios de la estructura formal y graduada del ordenamiento jurídico, consistente en la conservación de la validez del principio derrotado, tiene como apoyatura otro de los presupuestos que han de guiar el análisis, incardinado en la afirmación de no contemplación de criterios jerárquicos en la aplicación de esta tipología normativa. La premisa que utiliza ZAGREBELSKY, resumida en reconocer que “(...) la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre

---

caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa -que lo constituyen-, pero es imprescindible *subsumir* tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su eventual limitación (...).” PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional,” en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, p. 104.

<sup>125</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 199.

su articulación, sino una prudencia en su ponderación (...)»<sup>126</sup>, arroja la *ratio* de la peculiaridad de persistencia de la validez ya apuntada. La ponderación, consecuentemente, no versa sobre la exclusión, por declaración de invalidez, de una norma aparentemente seleccionable como criterio de resolución en un ambiente de concurrencia normativa múltiple y contradictoria ante un altercado. La ponderación es un juicio de factibilidad para con la aplicación de un principio, siendo uno de sus correlatos el dejar sentado que la preferencia se desglosa de circunstancias particulares de la causa, y no en la virtualidad de premisas de jerarquía o preminencia normativa, de modo que cabe perfectamente la posibilidad de que en un caso posterior, entradas en vigor circunstancias diferenciadas, sea legítimo aplicar el principio que anteriormente fuera postergado. Es por esto que en frecuencia dicotómica se puede aseverar que los conflictos entre reglas se circunscriben al plano de la validez, mientras que los episodios de colisiones de principios la trascienden, recreándose en la dimensión (metafórica) del *peso*, ya que es del todo loable la admisión de que solamente los principios válidos pueden colisionar.

#### **IV. Ponderación, discrecionalidad y racionalidad**

Uno de los argumentos que a menudo se esgrimen para negar la viabilidad de la ponderación es el de su asimilación con una actividad eminentemente discrecional. Se asume en tales términos que la discrecionalidad es la antesala de la arbitrariedad y que ponderar entraña una peligrosa tentativa de subversión para con la seguridad jurídica y la defensa de los derechos fundamentales, cuyas enunciaciones genéricas son habitualmente principalizadas. La ponderación, así entendida, exige una extralimitación del juez, una ruptura de la estratificación estricta de los poderes estatales, lo que la figura como un

---

<sup>126</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit, p. 125.

juicio arbitrario y salomónico.<sup>127</sup> La creación de una regla con posterioridad al balanceo de los principios en aras de cumplir la justicia del caso concreto, coloca al juez en los predios del legislador, dotándolo de una libertad no recomendable en la dinámica de las sociedades democráticas. La discrecionalidad de la ponderación, concertada en un grado de movilidad del juez allende a las fronteras de una red normativa cerrada e institucionalizada, es el punto de bóveda de los temores, recelos y negativas absolutas que con respecto a este método de aplicación del derecho se han sostenido de manera regular en la doctrina.

Como advirtió RODRÍGUEZ DE SANTIAGO:

“(…) Es en el contexto de (la) contraposición entre la subsunción y la ponderación en el que se explican las imágenes que se han utilizado para calificar críticamente a ésta como método alternativo de aquella (...). La *seguridad* que se encuentra en la subsunción (método tradicional de aplicación del Derecho) bajo reglas que deben ser interpretadas también conforme a los criterios tradicionales (interpretación gramatical, sistemática, teleológica, etc.) desaparece en la ponderación, técnica todavía carente, según parece, de soportes racionales y disciplinados. No puede extrañar que la mayor parte de las opiniones descalificadoras del método de la ponderación incidan, casi siempre, en las mismas ideas: la *imprevisibilidad* de sus resultados, la remisión a la *justicia del caso concreto*, con lo que eso supone de pérdida en *seguridad jurídica*, la utilización de esa técnica como brecha a través de la cual se amplía el poder de quien tiene la competencia para decidir en último término, etc. (...).”<sup>128</sup>

Los juristas adscritos doctrinariamente al *iuspositivismo* más ortodoxo ensalzan un ideal apolíneo del *imperio de la ley* que

<sup>127</sup> Apud JIMÉNEZ CAMPO, J, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 73.

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 12.

destierra la posibilidad de concebir un ordenamiento jurídico que asuma al principalismo como uno de sus costados esenciales, además de mostrarse inconformes con la apología de la *razón práctica* en sede de interpretación y aplicación del derecho, a través de la cual se procuran juicios con una pretensión de validez objetiva y no juicios absolutos;<sup>129</sup> lo que en sumatoria niega la viabilidad del método ponderativo, esencialmente por ser este el esquema de razonamiento jurídico que conjuga las dos premisas anteriores. Principios y razón práctica judicial son alfa y omega en la conjugación de la ponderación, por lo que desde las premisas del positivismo jurídico su realización se instituye como una amenaza al universo normativo reglado (cuyos elementos solamente son aplicables mediante la subsunción) que debe primar en los Estados garantistas. Desde esta óptica, la ponderación supone una desviación de la actuación decisoria de los jueces para con los baremos que el derecho reglado les impone. Esta desviación se configura en una actuación discrecional. Se desconoce así que la concentración exclusiva de la producción de normas generales en un órgano legislativo central no elimina el margen de discrecionalidad (inexcusable) del cual hacen uso los órganos inferiores, tanto los de creación como los de aplicación, en la determinación que, de acuerdo a sus competencias, les corresponde para con el contenido de determinados actos. La discrecionalidad, en esta cadencia de analítica, es un *dato irremontable*.<sup>130</sup> Como ha advertido certamente Gianmarco GOMETZ, “(...) a esta discrecionalidad, sobre el plano de la interpretación científica, corresponde necesariamente una falta de certeza sobre el contenido de tales actos (...).”<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 136-141.

<sup>130</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales,” en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, op. cit, p. 96.

<sup>131</sup> GOMETZ, Gianmarco, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 98.



De inicio, es muy importante establecer un criterio de distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, para de esta forma transgredir el criterio que define a la ponderación como una operación arbitraria por el hecho de suponer cierto grado de discreción. Semánticamente, discrecionalidad y arbitrariedad se colocan en planos claramente diferenciados, ya que este último término indica la presencia de una decisión caprichosa, sin sustento en la razón, mientras que el primero, también vinculado a la actividad decisional, es sinónimo de prudencia, sensatez y buen juicio. Como es conocido, la discrecionalidad ha sido objeto de estudio reiterado en la teoría del derecho, muy especialmente en lo que se refiere a su presencia en las decisiones judiciales. Las reflexiones de HART sobre la cuestión han tenido una trascendencia enorme y, en sentido general, son contestes con la perspectiva de diferenciación respecto a la arbitrariedad que aquí se defiende. No está de más recordar unas vetustas líneas sobre el tema del que fuera catedrático en Oxford:

“(…) Vale la pena, pensamos, recordar que discreción es, después de todo, el nombre de una virtud intelectual: es casi sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es el poder de discernir o distinguir lo que es apropiado hacer en varios campos y está etimológicamente conectada con la noción de discernimiento (...). Cuando consideramos el uso de discreción en el derecho estamos considerando su uso por funcionarios que tienen un cargo público responsable. Se entiende, por tanto, que si lo que los funcionarios han de hacer no está determinado rígidamente por reglas específicas sino que se les deja una opción, elegirán responsablemente, con respecto por su cargo, y no por placer o mero capricho, aunque puede ocurrir, por supuesto, que el sistema no proporcione un remedio para el caso de que ellos de hecho satisfagan su capricho (...).”<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> HART, Herbert. L. A, “Discretion, ” en *Harvard Law Review*, nº 127, pp. 652-665.

Es forzoso admitir que el método ponderativo comporta una brecha de discrecionalidad, lo que ocurre, en términos alexyanos, por “(...) empates debidos con frecuencia al hecho de que en derecho sólo son aplicables baremos relativamente toscos (...), ”<sup>133</sup> pues no puede confundirse a la ponderación con una *regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad*,<sup>134</sup> lo que no significa en ningún sentido que pueda asociarse con una *fórmula mágica que deba contemplarse con desconfianza*, calificable como un *peligro para una aplicación disciplinada del Derecho* y resultante de un retorno a una *situación jurídica arcaica o alta escuela de jurisprudencia*<sup>135</sup> que potencia la semántica por encima de la dogmática. No es la ponderación una figuración jurídica del castigo de SÍSIFO,<sup>136</sup> en la que el intérprete tiene que erigir una y otra vez los peldaños de su razonamiento sin poder contemplar un avance fidedigno. Cuando se pondera adecuadamente no se emprende un camino sin *guía fiable*, en el que “(...) todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos (...), ” y cuyo recorrido “(...) pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jurídica (...).”<sup>137</sup> No es en ningún sentido la ponderación una antítesis del Estado de derecho, tal y como quiso mostrar LEISNER,<sup>138</sup> ya que si bien

<sup>133</sup> ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección, ” en ALEXY, Robert, *et al*, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 79.

<sup>134</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales, ” en ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo...*, op. cit, p. 71.

<sup>135</sup> Estas construcciones de OSSENBUHL son referidas por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 12.

<sup>136</sup> La alusión mitológica es de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes...*, op. cit, p. 13.

<sup>137</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 121.

<sup>138</sup> En opinión de este autor “(...) en el lugar de las grandes políticas partidarias entra, de la mano de la ponderación y del principio de proporcionalidad, una política partidaria fina y disimulada; en dicha política el funcionario público y el juez reemplazan a los parlamentarios y gobernantes (...).” Es por esto que “(...) el juez tiene que pensar leyes y en la ponderación el razonamiento del juez no es más que política (...).” LEISNER, Walter, *Der Abwägungsstaat*,

es cierto que su utilización supone peligros, es igual de verídico que tal estado de riesgo es inevitable, puesto que no es cosa distinta a una consecuencia, de efectos controlables, de la asunción del fenómeno jurídico como una práctica social en la que interactúan criterios axiológicos, lo que requiere que el método tradicional de aplicación del derecho (la subsunción) conjugue su existencia con el recurso ponderativo.

Con más énfasis aún, se puede calificar a la discrecionalidad como un aspecto inevitable del derecho, pues el “(...) paso de las normas a la acción, de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpretan, realizan y adoptan decisiones (...).”<sup>139</sup> No se ha logrado en ningún país erradicar por completo las fisuras que perturban la pretensión de completitud de los ordenamientos jurídicos, conjugadas tanto por falencias en la previsibilidad regulativa de los órganos de creación nor-

---

Berlín Duncker & Humblot, 1997, p. 172. Con ello “(...) el procedimiento ponderativo sería una técnica del poder, debido a que tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad, a nivel de las altas instancias, no pueden ser controlados. De esta manera, el Estado de derecho pasaría pronto a llamarse *Estado ponderativo* (...).” LEISNER, Walter, “Abwägung überall-Gefahr für den Rechtsstaat, ” en *NJW* 10, 1997, pp. 636-639, 639.

<sup>139</sup> AÑÓN, María José, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación, ” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nos. 15-16, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1994, pp. 901-902. Con anterioridad, BULYGIN reflexionó sobre la concurrencia de la discrecionalidad en las actividades de interpretación y aplicación del derecho llegando a conclusiones similares. En estimación de este autor argentino, la discrecionalidad “(...) proviene del hecho de que el juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (y no mera proposición normativa), ya sea una norma que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende (si resuelve hacer lugar a la demanda), ya sea una norma que permite no hacerlo (si decide rechazarla). Para justificar esta norma individual el juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece el caso individual con una determinada solución y como, por hipótesis, el caso genérico es una laguna normativa y por ende no existe tal norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria. De donde se infiere que el carácter institucional del derecho (que nadie niega) no incide en absoluto, ni en la caracterización de la actividad judicial como solución de conflictos, ni en la tesis de la discrecionalidad judicial (...).” BULYGIN, Eugenio, “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria, ” en ATRIA, Fernando, *et al, Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 2005, p. 79.

mativa, como por los desfases que provocan los cambios de contextos sociales. Existen indudablemente espacios de indeterminación jurídica que brindan libertad a los jueces en las tareas de interpretación e integración del derecho. Esta libertad es la glándula central de la discrecionalidad jurídica, aunque no agota todo su contenido, pues se requiere además considerar las vinculaciones que se segregan de la subjetividad de los que realizan las tareas decisionales. En esta dirección, la concepción de la discrecionalidad no se puede circunscribir a la estrecha visión de HAWKINS, quien la define como “(...) el espacio entre las normas jurídicas en el que los operadores pueden ejercer su capacidad de decisión (...), ”<sup>140</sup> sino que debe expresarse en un encuadramiento teórico mucho más amplio, capaz de explicar las incidencias que ella engendra en el mundo de los valores jurídicos.

Esta es la línea que sigue ZAGREBELSKY cuando explica los fundamentos culturales de la problemática:

“(...) la razón de la temida *explosión* subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos. Éstos asumen *puntos de vista* distintos que no pueden dejar de reflejarse en su actuación, y esta diversidad se acentúa por la novedad de los problemas continua y urgentemente planteados por la evolución de la ciencia, la técnica y la economía. La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido de valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro horizonte de expectativa en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y,

---

<sup>140</sup> HAWKINS, K, “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science” en *The Uses of Discretion*, Oxford University Press, Oxford, p. 11.

en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el *principal* de los *desviados* (...).<sup>141</sup>

No ha sido posible en la experiencia jurídica occidental, bien en atención a las características del sistema continental (*civil law*), construido sobre la idea del derecho codificado, o bien reparando en las peculiaridades del sistema anglosajón (*common law*), con sus ataduras, ya más flexibles, al precedente judicial, eliminar los espacios de indeterminación jurídica que permiten a los jueces ostentar una cierta libertad en sus ejercicios de interpretación e integración del derecho. Como puso de relieve HART, en todo sistema jurídico “(...) hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy-general por los precedentes revestidos de autoridad (...).”<sup>142</sup> La previsibilidad regulativa no alcanza a predecir todas las posibles incidencias que los cambios de circunstancias pueden provocar en la traducción jurídica de las relaciones sociales. Este margen potencial es el que permite que, dentro de ciertos límites infranqueables, generalmente concertados en parámetros axiológicos de aceptación general, el derecho se oxigene a través de razonamientos evolutivos.

También hay que adicionar, como otro elemento a tener en cuenta en el análisis de los espacios de indeterminación jurídica, lo relativo a las complejidades del lenguaje y lo que estas suponen para la interpretación del derecho. Desde la teoría analítica se ha desarrollado este pendiente de forma notable. El teórico del derecho francés Eric MILLARD ha construido una teoría sobre la interpretación que da cuenta de esta realidad.

---

<sup>141</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op, cit, pp. 145-146.

<sup>142</sup> HART, Herbert. L. A, *El concepto de Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, p. 169.

Para el profesor de Nanterre:

“(…) Desde el punto de vista jurídico, la interpretación no es una operación intelectual de la ciencia del derecho que permite determinar lo que debe ser; es una operación decisoria de ciertas autoridades que deciden sobre un significado. Este es el producto de un acto de voluntad del intérprete: es una prescripción (o una *performación*, según otro punto de vista). Esas decisiones de atribución de significados constituyen hechos, y a partir de estos trabaja una ciencia empírica del derecho: esta describe las normas (significados) en función de actos de atribución de significados (...).”<sup>143</sup>

Desde otra perspectiva, la teoría de la interpretación de GUASTINI comparte también la tesis de la que se trae causa. En uno de sus constantes ejercicios de precisión este autor indicó lo siguiente:

“(…) hablando con propiedad, la interpretación jurídica tiene por objeto no *normas* sino textos o documentos normativos. En otros términos, se interpretan (no exactamente normas, sino más bien) *formulaciones* de normas, enunciados que expresan normas: disposiciones, como se suele decir. Así es que la norma constituye no el objeto, sino el resultado de la actividad interpretativa. Y hablando de interpretación de *normas* se crea la falsa impresión que el significado de los textos normativos (es decir, las normas propiamente dichas) esté enteramente preconstituido respecto de la interpretación, de manera que los intérpretes tendrían simplemente que detectarlo (...).”<sup>144</sup>

La discrecionalidad es, según se colige de lo antes expuesto, consustancial a la interpretación jurídica, y esta última es el

<sup>143</sup> MILLARD, Eric, *Teoría general del derecho*, Traducción de Bernardo Carvajal Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 139.

<sup>144</sup> GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Traducción de Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 26.

pórtico de la ponderación. A propósito de esta relación, FERRAJOLI ha manifestado que no tiene reparos en admitir “(...) el espacio inevitable que la ponderación tiene en el razonamiento de los jueces dentro del marco fisiológico de su discrecionalidad interpretativa (...).”<sup>145</sup> No puede existir ponderación sin interpretación, aunque si es posible concebir una actividad de interpretación sin la necesidad de ponderar. Se puede sostener entonces que la ponderación es en sí misma un tipo de interpretación, una interpretación cualificada. La interpretación jurídica siempre supone la elección entre alternativas,<sup>146</sup> situación generada, entre otros factores, por la textura abierta del lenguaje jurídico,<sup>147</sup> por la concurrencia múltiple de posibilidades semánticas y jurídicamente posibles respecto a un contexto específico, por las peculiaridades sistémicas y funcionales del ordenamiento jurídico del que forma parte la norma a interpretar, y por la presencia de ideologías, valores e intereses que confluyen en los distintos operadores del derecho.<sup>148</sup> La implicación de valoraciones para discernir la solución más plausible, los razonamientos de *costo-beneficio* y la estimación de la necesidad de realización de un principio en detrimento de la plena realización de otro, son operaciones intelectuales

---

<sup>145</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso, ” en FERRAJOLI, Luigi, José Juan MORESO y Manuel ATIENZA, *La Teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 202.

<sup>146</sup> Cfr. AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Traducción de Pablo Larrañaga, Distribuciones Fontamara, México DF, 2008, pp. 21-31.

<sup>147</sup> Cfr. AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social...*, op. cit, pp. 11-19. También *vid* DI LUCIA, Paolo, *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*, Traducción de Carlos Alarcón Cabrera y Pedro Salazar Ugarte, Distribuciones Fontamara, México DF, 2010, pp. 55-77; y OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, México DF, 2007, pp. 35-65.

<sup>148</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Traducción de Pablo Larrañaga, México DF, Distribuciones Fontamara, 2009, 96-97. Además *vid* GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Interpretación y argumentación jurídica*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, pp. 61-69.

que, quiérase o no, exigen determinado grado de casuismo y de cálculo empírico. La estimación racional de las particularidades del caso y la instrumentación de una *jerarquía axiológica móvil* son contestes con la posibilidad de una actividad judicial que transgreda la mera interpretación exegética. Ahora bien, la interrogante transversal aquí es si esta brecha de discrecionalidad es necesariamente un presupuesto de arbitrariedad y desconocimiento de la seguridad jurídica.

La posición de HABERMAS, que parte de criticar descarnadamente la teoría de ALEXY y que ha sido catalogada de ingenua por ATIENZA,<sup>149</sup> combate el rigor conceptual y lógico de la ponderación, negando que puedan concebirse a su tenor estándares racionales, lo que equivale a desdibujar sus límites y el grado de legitimación que entraña en los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Para este representante de la segunda generación de la escuela de Frankfurt, la ausencia de patrones racionales para realizar la ponderación, genera que esta tenga lugar “(...) o en la arbitrariedad o en la irreflexión, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas (...)”<sup>150</sup> Este punto de vista lo conduce a soportar, desde un prisma conceptual, que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Entonces “(...) la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna

---

<sup>149</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit, p. 162.

<sup>150</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducción de M. Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 259.



manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta (...).<sup>151</sup>

Al parecer, RUIZ MANERO también comparte una respuesta positiva a la disyuntiva presentada, exteriorizando su preocupación en apología de una teoría estándar de la ponderación:

“(...) Si se entiende que en todos (los) supuestos, de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que se construirá para resolver el caso, es preciso, si se quiere preservar el ideal del *rule of law*, que se pueda sostener que la construcción de tal regla puede y debe ser una operación jurídicamente guiada, no discrecional (...).”<sup>152</sup>

La inquietud de LAPORTA es mucho más concreta. En su estudio sobre la racionalidad y crisis de la ley, en el que introduce como elementos obligatorios de examen la aplicación de los principios, sus posibles colisiones y, por consiguiente, la eventualidad de la ponderación, contrasta como la utilización de este método irrumpe con las exigencias básicas del Estado de derecho.

En palabras del profesor de Madrid:

“(...) Dejando a un lado que determinar qué circunstancias del caso cuentan y qué circunstancias del caso no cuentan es legislar, no es tampoco imposible pensar que una secuencia de soluciones que se basen en la pareja principio general-caso particular no va a tener ni estabilidad, ni predecibilidad, ni igualdad formal, tres exigencias fundamentales del Estado de derecho (...).”<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369. *Vid* también el repaso que de dichas críticas se realiza en ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 11, enero-junio de 2009, pp. 6-13.

<sup>152</sup> RUIZ MANERO, Juan, “Rule of Law y ponderación...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>153</sup> LAPORTA, Francisco J, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley,” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22, Departamento de Filosofía del Derecho

Otro jurista español, el profesor de la Universidad de León Juan Antonio GARCÍA AMADO, conocido en el gremio por sus constantes estocadas en menoscabo de la ponderación, encuadra su crítica desde cuestionamientos primarios conexos a la negación de la imbricación teórica entre derecho y moral. Para este autor, los posicionamientos *iustumoralistas* son tendentes a desconocer o desvirtuar las garantías de los derechos fundamentales. La ponderación, con su innegable carga axiológica, propende a una relativización en la protección de dichos derechos, pues al amparo de los juicios de valor sobre las circunstancias del caso concreto se pueden ver limitados o expandidos sus contenidos esenciales sobre la base de razonamientos discrecionales. Esta concepción *iustificativista* del fenómeno intenta salvaguardar patrones de seguridad y estabilidad en la aplicación del derecho, para lo cual la lógica de la subsunción se presenta como más adecuada. No obstante, al absolutizar la negación de las vinculaciones morales redundando en el desconocimiento de una realidad ontológica de la cual la ponderación es expresión.

Según diserta el precitado *iustificativista*:

“(…) La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le deje de aplicar alguna garantía legal o constitucionalmente

---

de la Universidad de Alicante, Alicante, 1999, p. 327.

establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. Un día, del ponderar con razones morales saldrá que bien está que yo no pague el impuesto al que legalmente se me obligaba, ya que en mi caso es una injusticia ese pago y así resulta al pesar mi obligación tributaria contra mi derecho a educar a mis hijos o a darles la mejor atención sanitaria; pero otro día me encontraré con que la suma de los pesos del principio de solidaridad, del principio de Estado social y del principio de justa distribución de la riqueza vence al principio de legalidad en materia impositiva y resulta que debo yo tributar en mayor medida de la que la ley me reclama o por conceptos que la ley no me reclama. Ejemplos de este estilo hay ya a cientos en la actual jurisprudencia de los países y tribunales más dados a la ponderación y el ordeño de principios en detrimento de eso que se dice fría legalidad o estéril formalismo (...).<sup>154</sup>

PRIETO SANCHÍS sigue esta medida de análisis y ataca el objetivismo moral como punto de partida en su vinculación entre ponderación y discrecionalidad:

“(...) Ni los jueces -tampoco la sociedad- comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación donde las *circunstancias del caso* que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en un juicio de valor (...).”<sup>155</sup>

<sup>154</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación,” en *Revista Iberoamericana de Argumentación*, nº 13, Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia, UNED, 2016, pp. 11-12.

<sup>155</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional,” en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, p. 113.

El veto de la discrecionalidad enerva la esencia de la ponderación, ya que el sentido de este método de aplicación del derecho comporta la introducción de elementos axiológicos, consustanciales a todo el fenómeno jurídico por demás, en aras de construir una solución especificada que devenga racional en relación con una colisión principal. La propia afirmación de la inexistencia de un criterio de jerarquía en la disposición de los principios presupone la imperatividad de una operación discrecional que, siempre legitimada por la racionalidad y el sentido jurídico común del juez,<sup>156</sup> erija una *prevalencia momentánea* de uno de los principios en pugna para brindar una solución consecuente al caso que la exige. Se debe admitir entonces la inexistencia de un parámetro vinculante e inamovible que pueda informar todas las soluciones a las disyuntivas normativas mediante la ponderación. En consonancia con lo ya argumentado, puede incluso concluirse que la ponderación supone una discrecionalidad dual, esto es, en dos planos metodológicamente diferenciados. En un primer momento, ante la contingencia de la colisión principal, la atribución de prioridad (peso) a un principio sobre otro implica determinado grado de inevitable discrecionalidad. En un segundo momento, también se presenta como una actividad signada de discrecionalidad la posibilidad de asumir o desatender en la solución de un conflicto determinado una estructura de preferencia entre principios ya desarrollada en casos anteriores. Estas circunstancias se explican desde la idea, ya descrita, de la *jerarquía axiológica móvil* que genera la ponderación.

Como ha descrito Martin BOROWSKI, diversas personas pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto, así como sobre la relación de

---

<sup>156</sup> Vid un análisis profundo e interesante al respecto en BERGALLI, Roberto, "Protagonismo judicial y representatividad política," en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nos. 15-16, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1994, pp. 423-443.

precedencia entre ambos principios. No obstante, tal y como explica este autor a renglón seguido:

“(…) Esto no es, sin embargo, un defecto específico del concepto de ponderación, sino una propiedad que caracteriza a todo procedimiento decisorio de cuestiones normativas. De existir un procedimiento decisorio ínter subjetivo y obligatorio en materia de cuestiones normativas, tendría que preferirse a la ponderación. Pero un mejor procedimiento de estas características no existe y tampoco está a la vista. En estas circunstancias es entonces preferible el procedimiento que sea comparativamente mejor, y éste es precisamente la ponderación (…).”<sup>157</sup>

No significa esto que la ponderación sea “(…) meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial (…), ”<sup>158</sup> ya que el hecho de que difiera de la lógica de la subsunción, que parte de la determinación de reglas cerradas y estables, no significa que se encuentre permanentemente permeada de irracionalidad. Ciertamente, la ponderación no goza de un acuerdo intersubjetivo, pues en su realización juega un rol fundamental la estimación del intérprete sobre el principio que debe ser exaltado en un conflicto determinado. No obstante, esta situación no es sinónima de una ausencia de control y de límites en el razonamiento ponderativo, los que, precisamente, tiene su legitimación más efectiva en el *sentido común jurídico* y en la estimación racional de las particularidades del caso a resolver, las que ameritan una respuesta idónea desde el derecho que tenga en cuenta un grado específico de

---

<sup>157</sup> BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 56-57.

<sup>158</sup> PRIETO SANCHIS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional,” en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 113. También *vid* los comentarios al respecto contenidos en HABA, Enrique Pedro, “A revueltas con la *storytelling* llamada *ponderación*, y también preguntando sobre *límites* del Derecho,” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 37, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2014, p. 327.

*consenso axiológico*. El carácter vinculante de los principios, que es el germen de la necesidad de ponderar, si bien no es garantía una individualidad permanente de respuestas ante una gama de problemas prácticos, si es indicativo de una carga de argumentación suficiente para resolver cualquier conflicto que se inserte en esta tipología de colisión principial, esto es, una respuesta óptimamente motivada sobre la asunción preferencial de un principio sobre otro que resulta derrotado. La argumentación, que es un elemento tipológico de la ponderación, es la expresión de coherencia, factibilidad y oportunidad de toda operación ponderativa. Como recreara con acierto ALEXY, la irracionalidad y el subjetivismo que se imputa a la ponderación “(...) valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional (...)”<sup>159</sup>

El profesor BERNAL PULIDO es partidario de estas ideas:

“(...) la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos (...). Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones (...). La gradación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad (...)”<sup>160</sup>

Como se puede apreciar, el criterio de racionalidad constituye el límite a la discrecionalidad que supone el juicio de

<sup>159</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit, p. 157.

<sup>160</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación...”, op. cit, p. 238.

ponderación. Si bien no es posible trazar una línea conceptual de condicionamiento estricto entre la discrecionalidad y la racionalidad, si resulta atinado entender que este último concepto se presenta como la antítesis de la arbitrariedad. En consecuencia, no se puede calificar de arbitraria a una decisión que cumplimenta cánones objetivos de racionalidad. Tal y como ha quedado explicado, los cuestionamientos a la ponderación en tanto actividad discrecional tienen como denominador común un juicio afirmativo respecto a la necesidad de establecer criterios de contención que impidan la arbitrariedad judicial en la aplicación del derecho. Por esta razón, se entiende plausible dedicar algunas reflexiones a la cuestión de la calificación de la ponderación como una actividad racional, pues, como recalcó PORTOCARRERO QUISPE, “(...) la objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación. Esta objeción sirve a su vez de fundamento para las demás críticas que acusan a la ponderación de ser un procedimiento subjetivo, una figura retórica que enmascara decisiones arbitrarias e incluso de ser un procedimiento a través del cual se comparan magnitudes inconmensurables (...)”<sup>161</sup>

*Prima facie*, debe quedar en claro, en remembranza de una idea aristotélica, que no se puede buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, pues “(...) es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico (...)”<sup>162</sup> No es acertado entonces determinar la

---

<sup>161</sup> PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales,” en *Vox Juris*, no. 31(1), Lima, 2016, p. 82.

<sup>162</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1094 b, apartado 3. Este argumento aristotélico fue utilizado por ATIENZA en su debate con GARCÍA AMADO. Al respecto *vid* ATIENZA, Manuel, “Carta sobre la ponderación,” en ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación...*, op. cit, p. 107.

racionalidad de un procedimiento en desatención de la situación específica que dicho procedimiento permite afrontar. Un procedimiento racional es, en definitiva, el que permite al hombre dominar la situación, afrontar sus cambios y corregir los errores eventuales del procedimiento mismo. En derivación, la calificación de la racionalidad de un procedimiento no puede pender de una teorización metafísica de la razón, sino de las investigaciones metodológicas y críticas que, a través del examen de los procedimientos autónomos de que dispone el hombre en los campos particulares de investigación, lleguen a las condiciones generales de proyectabilidad.<sup>163</sup>

Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación<sup>164</sup> se refieren a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e incommensurabilidad de los principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

– *Indeterminación conceptual*: esta primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para

<sup>163</sup> Cfr. ABBAGNANO, Nicolás, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Revolucionaria, La Habana, 1972, voz *racionalidad*.

<sup>164</sup> Sigo aquí estrictamente los criterios sostenidos por BERNAL PULIDO. Al respecto *vid* BERNAL PULIDO, Carlos, "La racionalidad de la ponderación," en CARBONELL, Miguel (editor), *El principio de proporcionalidad...*, op. cit, pp. 43-68. Además, BERNAL PULIDO, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?," en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 30, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2007, pp. 278-280. Otro análisis de valor en ZEZZA, Michele, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini," en *Materiales de Filosofía del Derecho*, n° 2018/03, Seminario permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación *Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia*, Madrid, Madrid, 2018, pp. 3-50. También se presenta como un enfoque atinado de la cuestión el desarrollado por MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa...*, op. cit, pp. 163-183.



el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

– *La incomparabilidad e incommensurabilidad de los principios (objetos que se ponderan)*: esta segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables. De acuerdo con la crítica, la incommensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una *unidad de medida*, así como tampoco una *moneda común que posibilite* fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión.

– *Imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación*: según esta tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza,

la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.<sup>165</sup>

El propio profesor BERNAL PULIDO establece de forma sucinta la relación entre la tríada de objeciones que tuvo a bien sistematizar. Para este *iusfilósofo* colombiano el nexo existente entre los tres criterios impugnatorios puede ser descrito en el sentido de que “(...) la imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto (...).”<sup>166</sup>

En sumatoria de lo dicho hasta aquí, cabe afirmar que la racionalidad de la ponderación, en términos generales, se deduce de la consideración que no la representa como una mera manifestación de criterios subjetivos del juzgador, concebidos casuísticamente sin apego a criterios objetivos<sup>167</sup> perdurables, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el axioma básico que implica que los jueces funden sus decisiones en razones públicamente defendibles. Si bien se ha defendido la tesis de la discrecionalidad inherente a la ponderación, bajo ninguna circunstancia se puede colegir que esta entrañe la negación de la universalidad, al menos potencial, de las decisiones que en ocasión de ella se asuman, pues como se pudo acotar, las reglas resultantes del ejercicio ponderativo pueden ser perfectamente aplicadas en casos futuros que presenten un grado de identidad sustancial con el originariamente resuelto. De hecho, que el juez construya una regla *a posteriori* de solucionar la colisión

<sup>165</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...”, op. cit, pp. 278-280.

<sup>166</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...”, op. cit, p. 280.

<sup>167</sup> *Apud* CARACCILO, Ricardo Alberto, “Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva,” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1987, pp. 145-151.

principal no es otra cosa que una actividad discrecional. Esta perspectiva fue reseñada por BARAK cuando criticó la imagen que representa a la ponderación como una forma de decidir dependiente del lanzamiento de una moneda. Para este autor, el asunto radica en la forma en la cual se debe configurar el enfoque normativo con el objeto de resolver el problema relativo a la ponderación.<sup>168</sup> GUASTINI también ha hecho alusión a esta posibilidad bajo el rubro de *efecto diacrónico de la ponderación* entre los mismos principios en una serie de decisiones, en diferenciación del *efecto sincrónico de la ponderación* entre dos principios determinados en una decisión individual.<sup>169</sup> Es crucial entonces que las decisiones que emanen de la ponderación mantengan entre sí un grado de coherencia apreciable y dependiente de las peculiaridades del controvertido, a la vez que las consecuencias que de ellas se desprendan sean aceptadas socialmente. El efecto de acumulación sistemática de las reglas que resulten de la ponderación puede generar lo que Laura CLÉRICO ha denominado *red de reglas-resultados de la ponderación*,<sup>170</sup> cuyo sentido se estructura a través de cadenas de relaciones de prioridad condicionadas de un principio con respecto a otro. Esta *red de reglas-resultados* se corporifica en las tendencias jurisprudenciales referidas a casos de colisión. Si bien esta *red de reglas-resultados* no puede gozar de un carácter absoluto e inamovible, pues de lo contrario atentaría contra el sentido mismo de la ponderación, si se presenta como un esquema de utilidad que permite dotar de coherencia y de aceptabilidad social a las decisiones judiciales que recaigan sobre los casos difíciles de la tipología de la que se trae causa. Incluso, en los supuestos donde las circunstancias fácticas y jurídicas exijan que el juzgador se aparte de una de las *reglas-resultados* contenidas en la mentada red, esta puede fungir

---

<sup>168</sup> Cfr. BARAK, Aharon, *Proporcionalidad...*, op. cit, p. 384.

<sup>169</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación...*, op. cit, pp. 151-152.

<sup>170</sup> Cfr. CLÉRICO, Laura, "Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?", en *Isonomía*, n° 37, octubre de 2012, p. 130.

como un antecedente de valor, como un punto de partida que guie los razonamientos del discurso argumentativo que en tal sentido se genere a fin de redimensionarla.

La mencionada autora argentina, Laura CLÉRICO, se refirió de manera precisa a esta metodología:

“(…) Alguien podría objetar la utilidad práctica de este tipo de red, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y su fuerza de validez *prima facie* es acotada. En este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de reglas-resultados de la ponderación condicionadas, pero justamente ahí radica su atractivo: facilita la información y la argumentación acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes. Si se dan condiciones similares y su aplicación es justificable, ofrece una solución para la colisión; cuando su aplicación se descarta, muestra en qué sentido se debe justificar. De este modo, no sólo contribuye a reconstruir la historia de prioridad (o en su caso de preteridad) condicionada de los principios iusfundamentales, sino también a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios, y en ambos sentidos, limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una ponderación iusfundamental (...).”<sup>171</sup>

El profesor ATIENZA también se refirió a este pendiente con juicios muy claros. Para este jurista español la correcta ponderación exige que el juez consagre los llamados criterios de racionalidad práctica:

“(…) Lo que lo mueve no es simplemente la solución de un caso, sino la pretensión de que esa solución puede servir de pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta y que lo obligarán a introducir cambios en la taxonomía en las reglas. Lo que pide la racionalidad

<sup>171</sup> CLÉRICO, Laura, “Sobre *casos* y ponderación...”, op. cit., p. 130.

en estas situaciones (en situaciones en las que es preciso llevar a cabo una deliberación: una deliberación práctica) no es simplemente seguir las reglas preestablecidas, sino reformularlas, precisamente para cumplir con el sentido, con la razón de ser, de esas reglas (...).<sup>172</sup>

La ponderación debe exhibir mecanismos de razonamientos que resulten coherentes y que produzcan consecuencias aceptables. En esta dirección, la racionalidad de la ponderación se expresa en la racionalidad de la argumentación que de ella se deduce, ya que solo se podría calificar de irracional a la ponderación si su instrumentación no se desarrolla en el marco de una argumentación suficiente y coherente, pues son los argumentos “(...) los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones (...)”.<sup>173</sup> Aquí cobra pleno sentido el apotegma varias veces descrito en la doctrina, según el cual la argumentación constituye una herramienta esencial que permite realizar controles efectivos a la actividad decisoria de los jueces. De hecho, siguiendo otra vez a ATIENZA, los criterios de racionalidad aplicables a la ponderación no pueden ser otros que los que se desprenden de “(...) la noción general que puede encontrarse en los procesos jurídicos argumentativos, y que hace (n) referencia a una serie de criterios de naturaleza formal, material y pragmática (...)”.<sup>174</sup>

## V. *¿Ege of balancing?*<sup>175</sup> Algunas ideas conclusivas en torno a la ponderación y la constitucionalización del derecho

La paulatina constitucionalización del derecho, en la que los tribunales constitucionales han jugado un rol primario, tiene

---

<sup>172</sup> ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit., p. 158.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 37.

<sup>174</sup> ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social...*, op. cit., p. 157. Un análisis *in extenso* en ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 107 y ss.

<sup>175</sup> La expresión en cursiva es de ALEINIKOFF, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing,” en *Yale Law Journal*, nº 96, 1987, pp. 943 y ss.

como premisa la concepción de una Constitución invasiva, esto es, en enunciado de COMANDUCCI, equivalente a la configuración de una *saturación constitucional*<sup>176</sup> que se caracteriza por un condicionamiento de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos sobre la base de sus postulados normativos. Una efectiva constitucionalización del derecho ha de pasar por la aceptación unánime y la instrumentación de las premisas siguientes: existencia de una Constitución *larga*<sup>177</sup> dotada de rigidez, que incorpore en su parte dogmática un plexo amplio de derechos fundamentales; asunción de la Constitución como disposición normativa con amplia fuerza vinculante y no solamente como aparato consignador de directrices políticas, económicas, sociales y culturales; habilitación de garantías jurisdiccionales sólidas que tiendan a realizar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico; aplicación directa y preferente de la Constitución a todo tipo de relaciones sociales que ameriten una interpretación jurídica, incluyendo las relaciones exclusivas entre privados; asunción de la Constitución como paradigma interpretativo para el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico; posibilidad de sobreinterpretar la Constitución en aras de sistematizar a su tenor principios implícitos con potencialidades aplicativas; y presencia de la Constitución en las relaciones y los debates políticos.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> COMANDUCCI, Paolo, *et al*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 86. También *vid* NIÑO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997, pp. 13-21.

<sup>177</sup> Para GUASTINI la existencia de una Constitución *larga* es la primera condición necesaria para que un ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización, entendiendo como tal a una Constitución "(...) que no se limite a disciplinar la organización de los poderes públicos, sino que además -como en casi todas las constituciones de la segunda posguerra- contenga disposiciones que confieren derechos, disposiciones de principio, y disposiciones programáticas (...)." GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>178</sup> *Apud* GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis...*, *op. cit.*, pp. 175-195. También *vid* una explicación sintética al respecto en NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio, "Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)," en *Estudios Constitucionales*, año 10, n° 2, México DF, 2012, pp. 511 - 532.

De lo que se trata es de erigir a la Constitución como una real fuente del derecho,<sup>179</sup> aunque permeada de ciertas especialidades. Ciertamente, la Constitución es una disposición normativa especial, pues está singularizada, al menos en el plano más epidérmico, por los requerimientos para su entrada en vigor y para su modificación. Al ser expresión de la voluntad soberana y consagrar en su letra y en su espíritu las conquistas sociales más notables de la comunidad políticamente organizada, generalmente traducidas en el reconocimiento y delimitación del contenido de los derechos fundamentales (y en el establecimiento de las garantías para su efectivo ejercicio y disfrute), la protección de su supremacía e integridad trasciende a los voluntarismos políticos para convertirse en un problema de orden general. Así, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es más que un procedimiento de ósmosis que trata de vincular toda la vida jurídica con los singulares parámetros que informan la vigencia de la ley de leyes, para de esta forma estructurar armónicamente la observación y la defensa de los axiomas que contiene. Es una intencionalidad constante de blindar el ordenamiento jurídico a través de la constante invocación constitucional. Se retoma para esta recreación teórica y práctica la redimensión de la Constitución (como efectiva fuente del

---

<sup>179</sup> Esta idea se puede remontar incluso a las disquisiciones de Kelsen, quien entendió la validez de la Constitución, e incluso, lo relativo a la constitucionalidad de las leyes, desde una óptica renegada al encasillamiento en el mero procedimentalismo. En uno de sus trabajos más conocidos, dedicado en exclusiva al desarrollo de estas cuestiones, el *iusfilósofo* austriaco expresó: "(...) Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución (...)." Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional", en Ruiz Manero, Juan, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 115-116.

derecho) que tuvo lugar con posterioridad a la segunda guerra mundial. El texto magno, en esta cuerda de argumentación, no es simplemente un programa sociopolítico y económico, o sistema de organización y distribución del poder estatal. Por el contrario, es un tinglado de normas perceptivas con una posibilidad concreta de aplicación directa en todos los espacios jurídicamente tutelados, que a su vez establecen límites infranqueables para la actividad del legislador, quien en su faena productiva no puede soslayar, bajo ninguna circunstancia, los mandatos constitucionales. Las normas constitucionales condicionan la legitimidad, la pertinencia, la idoneidad y la validez de las normas subconstitucionales, pues aquellas se materializan y se sustancializan en estas. Rememorando los trazos epistémicos del *iusnaturalismo* Pozzolo explicó que: “(...) derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales (...)”<sup>180</sup>

Una de las particularidades intrínsecas a la apología de la constitucionalización del derecho, resaltada en amplias dimensiones por la teoría neoconstitucional, tiene una estrecha vinculación con el tópico de los principios jurídicos. Uno de los correlatos de esta cuestión lo constituye la preponderancia del uso de la ponderación en la solución de los conflictos entre principios con tutela constitucional y en los ejercicios de control de constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones normativas de jerarquía inferior.

Como ha apuntado ZAGREBELSKY:

“(...) una característica no accidental de la Constitución es su naturaleza de principio. Los principios son

<sup>180</sup> Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-II, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1998, p. 341.



normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. Si la Constitución italiana (art. 27.3) prohíbe las penas contrarias al *sentido de humanidad*; si la Constitución estadounidense (Octava Enmienda) prohíbe las penas *inusitadas y crueles*, y no han sido prohibidos, analíticamente, los azotes, la tortura, la picota, etc., es porque estaba en la intención de los constituyentes que esas formulaciones vivieran en el futuro. Los principios contienen *conceptos* (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.) que (según la distinción de R. Dworkin) viven a través de sus *concepciones*, cambiantes en el tiempo. Por tanto, se puede decir fundadamente, que la *Constitución viviente*, es decir, la apertura a la evolución de la cultura jurídica es, justamente, lo que encontramos en la intención de los poderes constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio (...).<sup>181</sup>

Consecuentemente, entre las múltiples características que definen al fenómeno de constitucionalización del derecho, pueden ser referidas, atendiendo a los objetivos aquí perseguidos, las dos siguientes:

a) *Principios versus reglas*: esta característica parte de asumir la manifestación dual de las normas, a saber, la existencia de construcciones normativas tipo reglas y de construcciones normativas tipo principios. Asume también dos rasgos básicos de la teoría principal, estos son, su dimensión de peso en detrimento de la dimensión de validez propia de las reglas, y su no aplicación bajo los parámetros de *todo o nada* en sintonía con su naturaleza optimizatoria. Se participa así de una identificación mayoritaria de principios en los textos constitucionales, los que se fraguan como cánones de moralidad, como directrices de interpretación y como elementos en pos de una óptima argumentación por parte de los jueces, y primordialmente de los jueces constitucionales. Para POZZOLO: “(...) respecto

<sup>181</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales”..., en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo...*, op. cit, p. 98.

al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general, y en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica (...).<sup>182</sup> En esta misma dirección COMANDUCCI apostilló: “(...) el modelo de sistema jurídico que emerge (...) está caracterizado, además que por una Constitución *invasora*, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley (...).”<sup>183</sup>

b) *Ponderación versus subsunción*: es un correlato lógico de la característica anterior, pues la primacía de los principios en los mecanismos de regulación constitucional exige la preponderancia de la ponderación como método idóneo para la interpretación y aplicación de los mismos en supuestos de colisión. La ponderación también supone una sintonía entre la necesidad de introducir vinculaciones axiológicas en la interpretación y aplicación del derecho, especialmente en el momento del balanceo propiamente dicho que sigue a la identificación de los principios aplicables al caso, y las exigencias de poner en movimiento, cada vez con más énfasis, técnicas argumentativas en todas

<sup>182</sup> POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo...”, op. cit, p. 340. También vid GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 20 y ss.

<sup>183</sup> COMANDUCCI, Paolo, *et al*, *Positivismo jurídico...*, op. cit, p. 91.

las diligencias jurídicas. Aunque con mucha más cautela que POZZOLO,<sup>184</sup> COMANDUCCI no desdice la importancia de la ponderación en la edificación teórica del neoconstitucionalismo, entendido en este sentido como la lectura doctrinal de la constitucionalización del derecho, ya que solamente reacciona contra la idea dworkiniana de la única respuesta posible, que no es cosa distinta a una afirmación sin fisuras del carácter determinador del derecho que juegan los principios. Apreció en esta cuerda el profesor genovés que: “(...) estas actividades (se refiere a la creación y configuración de principios y a su ponderación) persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones al *por mayor*, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la *hétéro* y/o *autoatribución* a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera (...).”<sup>185</sup>

Se entiende entonces, en los términos expresados *supra*, que la constitucionalización del derecho presupone la adopción de una concepción principalista respecto a la teoría de las normas jurídicas. En consonancia, la ponderación se reviste de una marcada relevancia, en tanto forma básica de aplicación de los principios. Asumido lo anterior, obvio resulta que la figura del juez debe abandonar el ropaje mecanicista que el atribuyera en su tiempo MONTESQUIEU como mera *bouche qui prononce les paroles de la loi*<sup>186</sup> La jurisprudencia ha de tender a lo creativo, tomando como materia prima a los principios constitucionales y a las dilatadas posibilidades argumentativas que proporciona el

---

<sup>184</sup> *Apud* POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 340-341.

<sup>185</sup> COMANDUCCI, Paolo, *et al.*, *Positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>186</sup> *Cfr.* MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 237.

esquema ponderatorio, en detrimento de la simple subsunción. En esta cadencia analítica, corresponde al juez, y en especial al juez constitucional, la continua aclimatación de las normas subconstitucionales a las constitucionales, para lo cual también tiene que utilizar el contenido axiológico de estas, en pos de captar una realización del valor justicia en la dinámica del caso concreto.

## **Novedades de Jurisprudencia**

*Fernando Aмоса*<sup>1</sup>

Universidad Católica de La Plata - Argentina

*Juan Francisco Díaz*<sup>2</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e370>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

### **Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

#### **La Corte Suprema revocó la condena impuesta a un diario y a sus editores por un artículo de un columnista**

El máximo tribunal nacional resolvió revocar una condena civil contra el diario pampeano “La Arena” y sus editores por un artículo cuya autoría corresponde a un columnista que, aun cuando fuera un colaborador habitual del diario, no autorizaba a concluir que el medio había compartido o había hecho suyas las opiniones o el contenido del artículo en cuestión.

La condena original, había sido impuesta a Juan José Reyes, a los editores y al Diario “La Arena” por un artículo publicado en aquel medio en enero de 2005, donde se refería una supuesta donación “trucha” de un predio para la construcción del edificio donde iba a funcionar un nuevo centro de contención

---

<sup>1</sup> 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](mailto:Fernando.amosa@gmail.com)

<sup>2</sup> Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Email: [juanfranciscodiaz87@gmail.com](mailto:juanfranciscodiaz87@gmail.com)

de menores en las afueras de la ciudad de Santa Rosa (*CSJN, “García Stella Marys y otro c/ Reyes Juan José y otros s/ daños y perjuicios”, 3 de diciembre de 2019*).

El carácter inerte de la cosa no obsta a que sea considerada riesgosa

Así lo expresó la Corte Suprema en una causa en que una señora demandó por los daños sufridos al caer de una escalera, que no poseía barandas, por la que se accedía a un camión ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de hacer publicidad turística de la Provincia de Salta.

En el año 2003, Ana María Bergerot, docente de 59 años, se cayó de la escalera metálica –sin barandas- por la que se accedía a un camión ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de hacer publicidad turística de la Provincia de Salta. La caída desde una altura aproximada de 1,5 metros, le produjo golpes en la cabeza, hombro y costillas, lo que acarreo como consecuencia una incapacidad del 19 % de la total obrera.

La Corte determinó que si la escalera sin barandas, a pesar de ser una cosa inactiva, era o no riesgosa o viciosa, carácter que debe ser probado por quien lo alega –el damnificado-, además de la relación de causalidad entre el riesgo o vicio y el perjuicio. Al respecto, deja sentado el máximo tribunal que el carácter inerte de la cosa no obsta la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad por el daño ocasionado por una cosa o riesgosa (art. 1113 del CC -actual 1757 del CCC-). Si la cosa inerte tiene participación activa en la producción del daño sufrido por quien la utiliza nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o al guardián. (*CSJN, “Bergerot, Ana María c/ Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 12 de diciembre de 2019*).

### **La Corte confirmó una sentencia que condenó a Arcor por la aparición de una pieza dentaria en una barra de cereal**

El caso se trata de una consumidora residente en la provincia de Chaco que encontró una pieza dentaria en el interior de

una barra de cereal. La Corte Suprema desestimó el recurso de queja interpuesto por la compañía, lo que deja firme la sentencia de condena de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Única Instancia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco (CSJN, “*Barcia, Stella Maris c/ Telecentro y otros s/ supuesta infracción a la Ley Nacional n° 24.240 y sus modificatorias*», 17 de diciembre de 2019).

### **La Corte Suprema absolvió a Cristina Vázquez y Lucia Rojas**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación absolvió a Cristina Liliana Vázquez y a Lucía Cecilia Rojas, tras más de nueve años en lo que se consideró un proceso indebido. Las mujeres habían sido condenadas por todas las instancias judiciales de la provincia de Misiones, imputadas por el homicidio de Ersélide Dávalos ocurrido en la ciudad de Posadas en el año 2001.

La primera condena se conoció en el año 2010, condenándolas bajo la figura de “homicidio *criminis causa*”. En ese momento la resolución fue apelada llegando por primera vez, en el año 2015 y 2016, a los estrados de la Corte, donde se dispuso dejar sin efecto el decisorio y ordenar al tribunal de origen la revisión de la condena a partir de las reglas de la sana crítica y de la aplicación de un método racional de reconstrucción histórica. Esa exigencia se tradujo en un nuevo pronunciamiento condenatorio en el año 2016, lo que produjo la interposición de recursos extraordinarios federales.

Esta vez, el más alto tribunal del país, consideró que, el punto central sobre el que debía expedirse era el derecho que le asiste a todo condenado de recurrir la sentencia; con una revisión amplia y sin la necesidad que dicho obrar deba ser recordado por una máxima instancia constitucional. Evidenció las insuficiencias en el examen de la versión de las imputadas con relación a su completa ajениdad a los hechos atribuidos, recordando la importancia de la presunción de inocencia hasta que un juicio respetuoso del debido proceso demuestre la culpabilidad traducida en una sentencia firme. Entendió que no correspondía devolver la causa para el dictado de un

nuevo decisorio, ya que implicaría, tras más de nueve años de procedimiento recursivo, una patente inseguridad jurídica para las acusadas, sin poder poner término al estado de sospecha producto de la acusación (CSJN, “*Expte. N 48669/2015 (Ex N 340/2010) -Defensora Oficial de Instrucción’ N 2 - Dra. Criseida Moreira s/recurso de casación en autos expte. N 122(A) 10 Dr. Venialgo s/rec. de casación en autos: 430-2007 Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado*”, 26 de diciembre de 2019).

### **La Corte definió la competencia de la Justicia Contencioso Administrativo Federal para conocer en un causa del Estado Nacional contra Barrick Gold**

La Corte Suprema definió que la Justicia Contencioso Administrativo Federal es competente para conocer en una acción de amparo iniciada por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación contra la empresa Minera Argentina Gold S.R.L.-explotadora de Barrick Gold- a efectos de que la justicia le ordene el cumplimiento del Plan de Adecuación y mejora continua de las instalaciones y procedimiento de operación del Sistema de Lixiviación en Valle (SLV) a los fines de prevenir la ocurrencia de futuros incidentes (CSJN, “*Torres, José y otro c/ Barrick y/o Minera Gold s/ amparo (inc. de inhabilitatoria)*”, 26 de diciembre de 2019).

### **El idioma nacional no es una condición imprescindible para el ejercicio de derechos políticos de extranjeros**

Así lo definió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una decisión de la Sala II de la Cámara Federal La Plata que había considerado que el conocimiento del idioma castellano era necesario para obtener la ciudadanía argentina. El Máximo Tribunal señaló que la conveniencia de establecer esta exigencia y el alcance de ese requisito es potestad exclusiva del legislador (CSJN, “*Liu, Cairong s/ solicitud carta de ciudadanía*”, 11 de febrero de 2020).



## **Un hecho reconocido y no controvertido no merece ser probado**

El Máximo Tribunal revocó la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había otorgado el resarcimiento a un trabajador por los daños padecidos, y desconocido la pretensión de la ART, a raíz de un accidente durante el desplazamiento desde su domicilio al trabajo. La Aseguradora, reclamaba la deducción de la condena de lo percibido extrajudicialmente que había sido admitido expresamente por el actor en la demanda.

Contra la decisión de la Cámara laboral, la aseguradora interpuso recurso extraordinario, el cuál fue rechazado. Su denegación, originó la queja que dio lugar al pronunciamiento de la Corte.

La Corte Suprema remarcó que, su decisión implicaba hacer una excepción a las prescripciones del artículo 14 de la Ley 48 que habilitan la vía ante dicho organismo. En su fundamento explicó que, si bien la impugnación articulada remite al examen de una cuestión fáctica, probatoria y de derecho común y procesal, la misma redundaba en un menoscabo del derecho de defensa de la apelante (*CSJN, “López, Marcelo Javier c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial”, 18 de febrero de 2020*).

## **Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**

### **Confirmaron la condena al futbolista Alexis Zárate por abuso sexual**

Con el voto de los jueces Soria, Kogan, Pettigiani y Genoud, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires decidió rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Alexis Zárate y confirmó la condena a 6 años y 6 meses de prisión impuesta al futbolista por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Lomas de Zamora, por encontrarlo culpable del delito de abuso sexual con acceso carnal.

El hecho por el que fue condenado Alexis Zárate, ocurrió en la mañana del día 16 de marzo de 2014, cuando el futbolista ingresó a la habitación donde se encontraba la víctima junto a su compañero de equipo, Martín Benítez, la penetró y eyaculó contra su voluntad, según surge de la sentencia del máximo tribunal bonaerense.

Para llegar a la Corte, los abogados de Zárate habían esgrimido que, a pesar de que el futbolista reconoció haber mantenido relaciones sexuales con la víctima, no se había llegado a acreditar el abuso sexual, lo que implicaba una vulneración a su derecho de defensa.

Dentro de sus fundamentos, la Corte destacó que tanto en la acusación como la sentencia, se especificó el lugar físico donde se produjo el abuso, las características de las afrentas sexuales y el marco temporal en que sucedió, sin que se viole su derecho de defensa ni que la sentencia padezca vicios de arbitrariedad e incongruencia (*SCBA, “Zárate Maldonado, Alexis Joel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 87.295 del Tribunal de Casación Penal, Sala II”, 4 de diciembre de 2019*).

### **La Suprema Corte bonaerense reafirmó la autonomía municipal**

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se expidió en el marco de la acción originaria de inconstitucionalidad iniciada por el intendente de la Municipalidad de General San Martín, a la que adhirió el mandatario de la comuna de San Fernando, contra la Provincia de Buenos Aires.

El objeto de la causa consistió en la declaración de invalidez del decreto 1289/19 y del art. 104 de la ley 15.078 (presupuesto para el ejercicio 2019), incluyendo la solicitud del dictado de una medida cautelar que suspenda sus efectos durante el curso del proceso.

Vinculó el conflicto planteado con estas dos últimas manifestaciones de la autonomía municipal (económica y financiera), cuyo sostén normativo se halla en el art. 192 inc. 5 de la carta

magna provincial, que establece como atribución inherente al régimen municipal la de votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo, imponiendo en el mismo inciso el deber de establecer los recursos con los que afrontar las erogaciones no previstas en el presupuesto como recaudo para autorizar el dictado de una ordenanza especial.

Recordó en tal sentido que el art. 228 de la Ley Orgánica de Municipalidades (decreto ley 6769/58) establece que “...las facultades del gobierno municipal son irrenunciables e intransferibles y, en consecuencia, ninguna autoridad podrá imponer a las comunas gastos que ellas mismas no hayan autorizado, ni privarlas del derecho a invertir sus recursos en la forma en que dispongan sus poderes legalmente constituidos”.

En esa misma dirección, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aludió a los debates de la Convención Constituyente en los que se destacó que el art. 123 de la Constitución Nacional “enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla: los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder (...) controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así facultades de administración que le son propias” (SCBA, “Intendente de la Municipalidad de General San Martín 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 DE LA MATANZA, SALA I

**Fallo:** Salazar, Alexander Jonathan c. Reynoso, Alejandra Beatriz y Otros s/ nulidad de contrato - 19/03/2019

**Voces:** Exceso en los honorarios, remuneración, contratos.

**Sumarios:**

- Varias personas celebraron un convenio de división de condominio. En el mismo negocio, si fijaron los porcentajes correspondientes a los honorarios de los letrados intervinientes. Solicitada judicialmente su reducción, la Cámara modificó lo dispuesto por el juez y acogió el pedido.

- El porcentaje de los honorarios del abogado dispuesto en un convenio de división de condominio —arribado con anterioridad a la mediación— debe reducirse, pues se observa una notable y extraordinaria desproporción entre las tareas profesionales realizadas y el monto que se obtendría de aplicar dicho porcentaje sobre el importe total obtenido en la venta de la cosa objeto del contrato, perjudicando claramente el patrimonio del deudor y violentando el derecho constitucional de propiedad.

**Extractos del decisorio:**

- “...la Sra. Juez de la instancia de grado, resolvió rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Alexander Jonathan Salazar contra Verónica Andrea Cajal y Alejandra Beatriz Reynoso, (...)

- *apeló la sentencia la parte actora...*”

- “...la parte actora solicita y plantea la nulidad del convenio de honorarios a favor de la Dra. Reynoso Alejandra...”

- “...Las normas legales aplicables al presente “sub *judice*” que serán objeto de desarrollo en este primer voto, faculta a los magistrados a reducir equitativamente dichos estipendios honoríficos, sin aniquilar los efectos de los contratos, reestableciendo las prestaciones en función del principio de proporcionalidad entre estas, es decir: “[I]gual remuneración por igual tarea” (art. 14 bis, CN); todo ello, sin menoscabar las tareas profesionales...”

- “...Los jueces se hallan facultados para reajustar el importe de los honorarios convenidos en aquellos casos en que

*su monto resulte manifiestamente desproporcionado con relación a los intereses económicos que se encuentran en juego...”*

- *“...cuando el convenio de honorarios exceda el porte máximo previsto en el asunto, deberá tenerse en cuenta que tal acuerdo no debe configurar un abuso de derecho, ni lesión ...”*

- *“...Los acuerdos celebrados en torno a los emolumentos, pueden ser —como se ha dicho— fijado por las partes, rigiendo así la autonomía de la voluntad de los contratantes. No obstante, se indicó que la facultad volitiva no importa una regla absoluta puesto que estarían sujetos a los límites de normas superiores, independientemente de los propios que establece el referido ordenamiento arancelario...”*

- *El art. 55 de la ley 8904 establece que: “Para la determinación judicial de honorarios por trabajos extrajudiciales (...) cuando el beneficiario de los mismos lo solicitare se tendrán en cuenta las pautas mínimas fijadas en el art. 9 y las normas generales establecidas en el art. 16 en lo que fueren aplicables”.*

- *El art. 9 inc. 10 del arancel provincial bajo el subtítulo: “Arreglos extrajudiciales” determina como mínimo el 50 % de las escalas fijadas para los mismos asuntos judiciales establecidas en la presente ley. Por su parte el art. 16 del mismo cuerpo legal, estatuye que para regular honorarios se tendrán en cuenta, el monto del asunto, su complejidad, el resultado obtenido, su trascendencia moral y económica, posición social y económica de las partes, tiempo empleado en la solución del litigio, entre otras pautas, etc.*

- *Asimismo, regula el art. 21 de la ley 8904 que en todos los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria (...) el honorario del abogado será fijado entre el 8 % y el 25 % de su monto.*

- *Como se desprende de la norma, la ley establece un piso y un techo; es decir que, no se podrá percibir menos del piso ni más del techo. Estamos frente a un orden público a favor del profesional y otro orden público a favor del deudor, sobre la base del principio: favor debitoris, este último el cliente es la parte débil en la contratación, el inexperto, el profano frente al*

*profesional universitario que cuenta con conocimiento jurídico y experiencia en el tema.*

- *Desproporción entre el honorario pactado:*

• *“...Nos encontramos ante la libertad de pactar los emolumentos profesionales y no obstante ello se reconoce algunos límites, como el abuso del derecho, la lesión subjetiva u objetiva o la teoría de la imprevisión, según su caso. Esos acuerdos de honorarios fijados por las partes se rigen por la autonomía de la voluntad. La doctrina ha indicado que la facultad volitiva no importa una regla absoluta, porque están sujetas a la límites de normas superiores...”*

• *“...En cuanto al control judicial de los convenios de honorarios y las facultades del juez, el magistrado está autorizado a controlar la legalidad del contrato de honorarios. De este modo, se advierte que si existe algún vicio, desequilibrio en las prestaciones, atentado contra la moral y las buenas costumbre, etc., podrá moderar el convenio...”*

• *una notable y extraordinaria desproporción entre las tareas profesionales realizadas por el letrado y el monto que se obtendría de aplicar el porcentaje del 20 % (convenido de honorarios), sobre el monto total obtenido en la venta de la cosa objeto de división de condominio, siendo esta el monto de la base jurídica a los efectos de cuantificar económicamente el monto de los estipendios honoríficos.*

• *“...En efecto, esa desproporción que existe entre las tareas realizadas y el monto que se obtendría de los honorarios, viola fundamentalmente preceptos jurídicos de orden constitucional, en perjuicio patrimonial del deudor ...”*

• *el honorario debe guardar proporcionalidad con las tareas realizadas por los letrados en la etapa de mediación obligatoria.*

• *“...En suma, corresponde que esta Alzada morigere equitativamente las bases contractuales suscriptas por las partes, sentenciando a modo de propuesta en este voto, lo siguiente: 1°) Establecer que la base tenida en cuenta a los efectos de*

*aplicar el porcentaje legal honorífico, será el 50 % del valor de venta fijado en el acuerdo celebrado ante la mediadora de división de condominio, porque precisamente la asistencia letrada acreedora de la suma de dinero está asesorando y defendiendo ese porcentaje del condominio; 2°) Fijar en concepto de remuneración por los servicios profesionales prestados por la demandada, logrando de ese modo y forma un equilibrio en el sinalagma contractual, esto es un equilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes, el porcentaje del 10 % sobre la base regulatoria fijada precedentemente en el punto primero...”*

- *“...la labor desarrollada por la mediadora ha sido exitosa, por cuanto se obtuvo como resultado un convenio suscripto por las partes estableciendo el modo y forma de división del condominio, evitándose de ese modo una contienda judicial...”*

- *“...Modificar la sentencia apelada de la siguiente manera: a) Hacer lugar parcialmente a la demanda entablada y en su consecuencia: b) Establecer que la base tenida en cuenta a los efectos de aplicar el porcentaje legal honorífico, será el 50 % del valor de venta fijado en el acuerdo celebrado ante la mediadora de división de condominio. c) Fijar en concepto de remuneración por los servicios profesionales prestados por la demandada, en el porcentaje del 10 % más sus accesorios previsionales e IVA si correspondiere, sobre la base regulatoria fijada precedentemente en el punto b). 2°) Confirmar el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios...”*

**Tribunal:** CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, SALA II

**Fallo:** Ferreira, Alba Eliana Soledad c. Meaca Ascazuri, Pedro Hernán y otros s/ Daños y perj. Autom. c/les. o muerte (Exc. Estado) 27/08/2019

**Voces:** Daños. Responsabilidad Civil, Código Civil y Comercial, Accidentes, daño extra patrimonial.

**Sumarios:**

- El propietario de un camión que colisionó con una motocicleta en ocasión de ingresar aquel vehículo en un garaje virando a la derecha debe responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho, en tanto se acreditó la intervención causal activa del vehículo del demandado y que el proceso material y todas las secuencias del embestimiento culminaron con la motocicleta bajo las ruedas traseras del camión, lo que constituye el presupuesto de hecho de la aplicación de la teoría del riesgo creado (art. 1113, Cód. Civil derogado).

- El planteo de la aseguradora citada, en garantía relativo a que la víctima del accidente de tránsito debe acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad civil, debe rechazarse, pues, tratándose de responsabilidad objetiva por riesgo creado, el responsable presunto debe alegar y acreditar las eximentes que invoca (arts. 1721, 1722, 1723, 1757, 1758, 1769 y concs., Cód. Civ. y Com. de la Nación).

- El art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, para el daño por incapacidad, pero también aplicable al art. 1745 del Cód. Civ. y Com. de la Nación por muerte, ha traído una innovación sustancial pues prescribe el deber de aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua.

- La indemnización por daño moral, otorgada a un motociclista que colisionó con un camión, debe elevarse —en el caso, a \$500.000—, pues, más allá de la capacidad resiliente de la víctima, las secuelas y secuencias posteriores al hecho requeridas durante su recuperación afectaron su vida familiar (el padre tenía cáncer avanzado y la noticia lo angustió) y requirió la asistencia de la madre, además de influir negativamente en su expectativa de cambio de trabajo y de ingreso a la policía, lo que se vio frustrado a raíz del hecho.

### ***Extractos del decisorio:***

- *“I. La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda resarcitoria de daños y perjuicios, morales y patrimoniales, promovida por Eliana Soledad Ferreira Alba contra*



*Macro Visión SA, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía “Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA”, en la medida de la cobertura contratada, condenándolos en forma solidaria a pagar la suma de \$575.800, con más intereses desde la fecha del hecho, 07 de Marzo de 2016, a la tasa pasiva más alta, aclarándose que a partir de su implementación resulta ser la tasa pasiva digital. Impuso las costas a los demandados vencidos y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.*

- *El hecho se produjo cuando ambos vehículos circulaban por la Avenida Del Valle de aquella ciudad, en sentido Oeste a Este, y en ocasión de llegar el camión a la altura del número 5098 (a mitad de cuadra) giró hacia su derecha para entrar al estacionamiento del negocio denominado “La Casa de los Hierros”, embistiendo el vehículo de mayor porte el lateral izquierdo de la motocicleta de la actora provocándole su caída y posteriores lesiones[+]En lo atinente a los daños resarcibles otorgó la suma de \$340.000 en concepto de daño físico y psíquico de Eliana S. Ferreira Alba, tal como se desprende de la pericia médica obrante a fs. 167/179 que informa que presenta secuelas que determinan una incapacidad permanente, parcial y definitiva del 31,15 % o 38,82 % según el tipo de baremo que se utilice para su cálculo. Para cuantificar el referido daño sobre incapacidad sobreviniente acudió a la aplicación de una fórmula polinómica computando como variables la edad de la actora —20 años— al momento del hecho, que trabajaba en la Heladería “Grido” y que a esa fecha el Salario Mínimo, Vital y Móvil era de \$4.716. Consideró también una tasa de descuento del 4 % y computó la edad de 65 años. Sobre dicha base, y luego de efectuar otras consideraciones, cuantificó en la suma referida (\$340.000) el daño material por incapacidad. Por otro lado otorgó \$200.000 en concepto de daño moral atendiendo a las angustias y padecimientos a los que se vio sometida Eliana S. Ferreira Alba y que conforme el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dicho daño es presumido. Desestimó el daño psicológico porque la pericia de fs. 304/313 y aclaraciones de fs. 316/317 indican que la actora no sufrió trauma psíquico ni*

*requiere de tratamiento psicoterapéutico. Más adelante cuantificó en \$15.000 los gastos médicos y asistenciales ya que la actora recibió tratamientos y atenciones médica y kinesiológica que están mencionadas en la pericia de médica de fs. 260 y 266. Finalmente fijó en \$20.800 el reclamo por daños materiales al ciclomotor, conforme el presupuesto reconocido de fs. 219/220 y que el referido vehículo sufrió destrucción total (arts. 43 incs. a, b, d de la Ley 24.449 y Ley 26.363).*

- *II. 1.- Anticipo mi opinión en el sentido de que la responsabilidad civil en el hecho en discusión recayó exclusivamente en el conductor del camión por lo que la demandada Macro Visión SA debe responder por la totalidad del daño causado (arts. 901, 906, 1113 Cód. Civil; arts. 1769, 1757, 1758 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).*

- *—receptada en el actual art. 1769 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—, los siniestros viales se rigen por las reglas de la responsabilidad objetiva contemplada en el art. 1113 del Cód. Civil (aplicable al caso en razón de la fecha del siniestro; art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación), tal como lo ha decidido la sentencia de grado.*

- *La demandada no probó de modo claro y asertivo que se hubiere configurado dicha eximente, esto es —conforme lo expresan ambas coaccionadas en la expresión de agravios— que el camión embistiera a la moto sobre la vereda.*

- *El punto de partida es que no está en discusión que la motocicleta estaba caída, y resultó aprisionada, por las ruedas traseras derechas del camión; y en éstas circunstancias se produjeron los daños patrimoniales y morales de la actora. En otras palabras: la motocicleta como consecuencia final del siniestro vial quedó caída, y gravemente dañada, al igual que su conductora, sobre la vereda o sector de ingreso a un playón de la empresa existente en Avenida del Valle a la altura del número 5000, estando el camión en sentido perpendicular; esto es ingresando al referido playón desde la avenida, tal como resulta con claridad de las abundantes fotografías agregadas a la causa*

*penal, del croquis ilustrativo, del acta de reconocimiento y de la pericia accidentalológica de la Subcomisario Martina García, y la pericia planimétrica del comisario Ricardo Kriger (...)* Con ello quiero significar que está acreditada la intervención causal activa del vehículo del demandado y que el proceso material y todas las secuencias del *embestimiento culminaron con la motocicleta bajo las ruedas traseras del camión, lo que constituye el presupuesto de hecho de la aplicación de la teoría del riesgo creado (art. 1113 Cód. Civil).*

- *En conclusión: el embestimiento de la moto se produjo sobre la avenida y el camión en su giro hacia la derecha para ingresar a una empresa a mitad de cuadra de la Avenida del Valle roza a la motocicleta, y la “arrastra hacia la vereda, lugar en el que se detiene” (arts. 1113 y concs. Cód. Civil; y 1769, 1757, 1758 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 36, 39 inc. b, 43 incs. a, b, c, d, 50, 64 y concs. Ley 13.927).*

- *Anticipo que su cuantía debe ser aumentada (arts. 1737, 1738, 1740, 1746 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).*

- *la demandante presenta “secuela funcional y estética producto de fractura de escápula, extremidad distal de húmero y cabeza de radio izquierdas, asociados a scalp*

- *El art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, para el daño por incapacidad, pero también aplicable al art. 1745 Cód. Civ. y Com. de la Nación por muerte, ha traído una innovación sustancial pues prescribe el ‘deber’ de aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua.*

- *En suma; la cuantía indemnizatoria por la incapacidad de la actora que corresponde asciende a \$1.100.000 a la fecha (arts. 1746 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).*

- *El agravio de las demandadas solicitando se reduzca el daño moral no es procedente y corresponde su aumento, conforme lo solicita la actora.*

- *“...Soy de la opinión que la suma por éste concepto debe fijarse en \$500.000 (...) Más allá de la capacidad resiliente de*

*Eliana Soledad Ferreira Alba las secuelas y secuencias posteriores al hecho requeridas durante su recuperación afectaron su vida familiar (su padre tenía un cáncer avanzado y la noticia del accidente lo angustió) y requirió de la asistencia de su madre, además de influir negativamente en su expectativa de cambio de trabajo y de ingreso a la policía lo que se vio frustrado a raíz del hecho...”*

- *Por todo lo expuesto la suma de \$500.000 en concepto de daño extrapatrimonial le permitirá a la actora adquirir bienes de consumo (televisor, equipos de música, etc.) o efectuar un viaje incluso fuera del país que le permita acceder a placeres compensatorios y sustitutivos de la lesión emocional y espiritual sufrida.*

## **2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**Fallo:** Agosto, Guillermo Elvio Fabián c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ Accidente de trabajo - acción especial - 19/02/2020

**Voces:** Incapacidad de carácter físico, error de cálculo.

### **Sumarios**

- La definición del fallo con arreglo a la cual se fijó un 65,7 % de incapacidad de carácter físico al actor resulta absurda, pues proviene de un error grosero y manifiesto, resultante —en el caso— de la circunstancia de que esa conclusión se asienta en una pericia carente de rigor científico.

### **Extracto del decisorio:**

- *El Tribunal de Trabajo N° 1 con asiento en la ciudad de Avellaneda hizo lugar parcialmente a la acción deducida,*

- *Se interpuso, por el Fisco provincial, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*

- *En lo que interesa, el tribunal de grado admitió la demanda promovida por el señor Guillermo Elvio Fabián*

*Agosto —quien se desempeñaba como oficial de policía con funciones en la Comisaría Seccional 7ma. de Avellaneda— y, en consecuencia, condenó a la Provincia de Buenos Aires (en su condición de empleadora autoasegurada) al pago de las prestaciones dinerarias por incapacidad laboral permanente total previstas en el régimen especial de reparación de infortunios laborales que juzgó aplicable al caso —leyes 24.557 y 26.773—, como derivación del accidente de trabajo que protagonizó.*

- *Para así decidir, tuvo por acreditada la existencia del infortunio, ocurrido —señaló— el día 17 de junio de 2013 cuando, encontrándose el actor realizando un operativo de rastillaje en la localidad de Villa Corina, al intentar saltar una terraza, tropezó, cayó y sufrió lesiones en su mano y muñeca derecha, que le provocan una minusvalía —con la incidencia de los distintos factores de ponderación— del 65,7 % del índice de la total obrera, y una reacción vivencial anormal de grado III, que lo incapacita en un 15 % adicional. En ese orden, concluyó que el señor Agosto presenta una incapacidad del 80,7 % (v. vered., segunda cuestión, fs. 273 vta. y 274).*

- *Establecido lo anterior, en la sentencia concluyó que al accionante le correspondía percibir las prestaciones dinerarias contempladas en los arts. 11 apartado 4 inc. "b" (conf. art. 2, resol. de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación 34/13) y 15 de la ley 24.557; así como la indemnización adicional prevista en el art. 3 de la ley 26.773 (conf. art. 6 inc. „b“; resol. cit.; v. sent., fs. 276 vta./277 vta.).*

- *Contra dicho pronunciamiento la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (...) el juzgador de grado incurrió en absurdo al determinar el grado de incapacidad que afecta al actor.*

- *En efecto, pese a que los integrantes del tribunal fundaron su conclusión sobre el tópico en cuestión en el contenido de la indicada experticia, reconociéndole eficacia a este medio*

*probatorio (v. vered., segunda cuestión, fs. 274), entiendo —contrariamente a lo concluido por el juzgador de origen— que ni bien se repara en las breves consideraciones que contiene la pericia realizada, su carencia de fundamento científico se observa manifiesta.*

- *Ello, a mi juicio, se patentiza —aun cuando no se me escapa que el profesional interviniente solicitó estudios complementarios que hubo de contemplar (v. fs. 209, 211, 249 y 255 vta.)— en el hecho de que por la sola fractura del escafoides sufrida por el actor, incluso considerando las limitaciones en el miembro superior, artrosis y osteoporosis producidas por la alteración en la actividad del brazo, el profesional otorgó un grado de incapacidad extremadamente elevado (50 %) que, incluyendo los factores de ponderación alcanzó el 67,5 %, sin que de la lectura del dictamen se adviertan argumentos que permitan justificar razonablemente dicha estimación.*

- *“...la definición del fallo con arreglo a la cual se fijó un 65,7 % de incapacidad de carácter físico al actor resulta absurda, pues proviene de un error grosero y manifiesto, resultante —en el caso— de la circunstancia de que esa conclusión se asienta en una pericia carente de rigor científico...”*

- *“...corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y, en consecuencia, revocar la sentencia en cuanto incurrió en absurdo al fijar el porcentaje de incapacidad física del actor con arreglo a la eficacia probatoria que le atribuyó al dictamen pericial producido...”;*

- *“...se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la sentencia impugnada en cuanto incurrió en absurdo, con el alcance establecido en el punto IV del voto emitido en primer término. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de origen para que, debidamente integrado, dicte nuevo pronunciamiento...”*

**Fallo:** Zárate Maldonado, Alexis Joel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 87.295 del Trib. Cas. Pen., Sala II - 04/12/2019

**Voces:** Recurso de inaplicabilidad de ley, Abuso sexual, arbitrariedad.

**Sumario:**

- El recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto para impugnar la condena al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal debe ser rechazado, pues si bien los recurrentes formulan otras interpretaciones posibles respecto del valor de convicción de los indicios aislados, omiten hacer un análisis conjunto de todos ellos, tal como fueron considerados por el tribunal del juicio —y convalidado por el revisor— para fundar los extremos de la imputación y la autoría responsable, y no se observa arbitrariedad en las formulaciones del tribunal casatorio con las que dio respuesta a cada uno de los reclamos de la defensa y expuso los argumentos y razones que confirman la falta de consentimiento de la víctima al momento del hecho, no desde la apreciación parcelada de los diversos elementos de prueba, sino con una visión de conjunto.

- Si bien es posible que numerosos indicios considerados cada uno individualmente no alcancen para probar la autoría, en su conjunto le pueden proporcionar la convicción de la intervención y culpabilidad del acusado en el hecho, siendo de este tenor en definitiva lo acaecido en el caso.

**Extractos del decisorio:**

- *La Sala II del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 3 de mayo de 2018, rechazó, en lo que aquí interesa, el recurso de la especialidad interpuesto por el defensor de confianza de Alexis Joel Zárate Maldonado contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, que condenó al nombrado a la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de abuso sexual con acceso carnal*

- *Frente a lo así decidid o, los defensores (...) interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*

- *Los letrados de confianza del imputado Alexis Joel Zárate Maldonado denuncian la errónea aplicación de los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional; 15, 16 y 168 de su par provincial; 45 y 119 tercer párrafo del CP y de las normas rituales que cita (v. fs. 313).*

- *Cuestionan el reproche penal efectuado contra su asistido por el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando, insistiendo con los agravios formulados en las instancias previas, a su criterio, el hecho tal como ha sido intimado no ha podido acreditarse.*

- *“...La materialidad ilícita que el tribunal de primera instancia tuvo por legalmente comprobada da cuenta que „...el día 16 de marzo del año 2014 y siendo alrededor de las 07:30 horas, en el departamento planta baja, sito en la calle ... Nº ..., de la localidad de Wilde, partido de Avellaneda, un sujeto del sexo masculino mayor de edad, identificado como Alexis Joel Zarate, irrumpió en la habitación en la que se encontraba durmiendo P. U. G. B. y la accedió carnalmente...”*

- *“...el a quo descartó cualquier posible violación al principio de congruencia, ligeramente anunciada a remolque de lo anterior; en tanto, sostuvo, que del repaso de las constancias del legajo se advierte inalterable la materialidad fáctica achacada, cuando, de su parte, el recurrente no se ha ocupado de apuntar alguna variación relevante susceptible de justificar la infracción alegada (v. fs. 274). Tal afirmación también llega sin réplica idónea susceptible de revertir tal aserto...”*

- *“Si bien los recurrentes formulan otras interpretaciones posibles respecto del valor de convicción de los indicios aislados, omiten hacer un análisis conjunto de todos ellos, tal como fueron considerados por el tribunal del juicio —y convalidado por el revisor— para fundar los extremos de la imputación y la autoría responsable”*



- *“...no encuentro arbitrarias las formulaciones del tribunal casatorio con las que dio respuesta a cada uno de los reclamos de la defensa y expuso los argumentos y razones que confirman la falta de consentimiento de la víctima al momento del hecho, no desde la apreciación parcelada de los diversos elementos de prueba, sino con una visión de conjunto...”*

- *“...si bien es posible que numerosos indicios considerados cada uno individualmente no alcancen para probar la autoría, en su conjunto le pueden proporcionar al tribunal la convicción de la intervención y culpabilidad del acusado en el hecho...”*

- *“...En lo tocante a la regulación de honorarios y conforme los lineamientos sentados por esta Corte en el Acuerdo 3871 de 25/10/2017, resulta aplicable el régimen arancelario del decreto ley 8904/1977 en razón de que se ha efectuado una valoración del trabajo en cuestión a partir de una presentación anterior a la vigencia del nuevo régimen de la ley 14.967, a la luz de la observación efectuada por el Poder Ejecutivo al contenido del art. 61 de dicha ley que establecía la aplicación del nuevo régimen a todos los procesos en los que, al tiempo de su promulgación, no exista resolución firme sobre regulación de honorarios al considerar que la aplicación retroactiva de la misma podría vulnerar derechos adquirido (...) se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto”*



# TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Arte de la portada: *Hugo Echarri*

Obra: *Las manos y la jaula*

(acrílico sobre tela, 127x147 cm)

## **La intransigencia nos da poder**

*La intransigencia nos da poder,  
decía Alicia Eguren.*

Hay un orificio que no vemos

Hay Ángeles que escupen al aire con las alas rotas

Cada cosa tiene un color, un dolor  
y un número

Las estatuas de una plaza vacía  
Las computadoras del rectorado  
El contador de electricidad  
O de gas de cada departamento  
Hasta el más minúsculo  
Gasto o movimiento  
Se contabiliza  
Minuciosamente  
En algún registro.

Ese es el mundo que habitamos  
Este es el sistema que defiende la “libertad”.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*

# Exhibiciones obscenas, vaguedad del término y colisión de principios constitucionales<sup>1</sup>

*Florencia Mariel Miranda*<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires- Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e371>

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la vaguedad presente en el tipo penal de exhibiciones obscenas previsto en el Código Penal Argentino.

Pasaré a indicar que diferentes autores y la jurisprudencia nacional no desconocen la existencia de un defecto lógico en el término empleado por el legislador al momento de redactar el tipo penal en cuestión. Además de evidenciar este defecto lógico se considera necesario explicar en qué consiste y cuándo se presenta.

Así, resulta conveniente establecer los elementos del tipo a los fines de determinar cuándo se encuentra infringida la norma por la cual es obligatoria la sanción. Se sostiene que, el primer principio constitucional que resulta afectado por la presencia de esta vaguedad es el principio de legalidad, el cual establece que la ley debe ser anterior a la comisión del hecho que se

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado en el marco de la asignatura "Sentencia Judicial y Argumentación Jurídica" y del Proyecto DeCyT UBA, 2018-2020, a cargo del Dr. Juan Pablo Alonso. Agradezco a John A. Carlin Sánchez, integrante del cuerpo docente.

<sup>2</sup> Estudiante de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UBA.

pretende sancionar. Pero, si se trata de evitar esta lesión de una manera incorrecta, se estaría lesionando el principio constitucional de lesividad. Es decir que, al existir esta vaguedad en este tipo penal, también se produce la colisión entre los principios constitucionales de legalidad y de lesividad. No es posible solucionar esta colisión de manera sencilla, ya que ambos son principios constitucionales explícitos, lo cual implica que tienen la misma jerarquía. Ello genera que para determinar cuál de los dos pondera en un caso concreto es necesario analizar las situaciones fácticas del mismo.

Por lo expuesto, se trataría de encontrar una solución al problema que se suele generar por la imprecisión de este término. Propongo que es necesario un cambio en el sistema, pero que solo eso puede resultar insuficiente, ya que si se analiza en profundidad puede interpretarse que no solo la vaguedad del término es lo que torna incoherente el sistema.

## II. Vaguedad del término obsceno

El artículo 129 del Código Penal Argentino establece que *“será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”*.

Como las leyes están expresadas en el lenguaje natural es común que presenten defectos lógicos como la vaguedad. La doctrina mayoritaria reconoce la existencia de la vaguedad del término obsceno. Es vago, en la medida en que no es posible determinar con precisión y anticipación qué acciones quedan subsumidas dentro del mismo. Este problema implica que no se

sabe con precisión si un caso individual queda subsumido o no en el caso genérico establecido por una norma ya identificada.<sup>3</sup>

Según Carrió, existe vaguedad cuando “... *la duda se origina en que no sé bien donde termina el campo de aplicación de la palabra x y este caso parece hallarse en las proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar*”.<sup>4</sup>

Este tipo penal solo prevé la existencia de una sanción para el caso en el que se produzca la exhibición, ya que “ejecutare o hiciere ejecutar” implica que es un delito que requiere que sea consumado para ser sancionado. Si bien, contempla dos tipos de víctimas, los mayores de edad y los menores, en el presente trabajo se tratarán de analizar la generalidad.

## ***II.A. Tipos de vaguedad***

Existen diferentes tipos de vaguedad, por lo que resulta necesario hacer al menos una breve explicación sobre en qué consiste cada uno de ellos, a los fines de determinar cuál es la presente en el término obsceno.

**Vaguedad en términos polares:** implica que existen dos extremos/polos, en uno de ellos la palabra es claramente aplicable, mientras que en el otro no es aplicable. El problema es que cada polo se va transformando gradualmente en el otro, provocando la incertidumbre de si en un caso subyacente en la zona de penumbra, que se genera entre los extremos, la palabra es aplicable o no. Ejemplos: alto/bajo; claro/oscurο, etc.

**Vaguedad combinatoria:** se produce cuando hay pluralidad de propiedades relevantes, pero no se determina con precisión cual es la cantidad de estas y en que intensidad deben estar presente para que ese caso quede comprendido dentro de ese término. Se sabe que se deben cumplir condiciones, pero cuales

---

<sup>3</sup> ALONSO, Interpretación de las normas y el derecho penal, 1ª ed., 1ª reimpr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 59.

<sup>4</sup> CARRIÓ, Notas sobre derecho y lenguaje, 4ta ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 31.

son estas y como deben darse, queda sujeto a los cambios de la sociedad. Ejemplos: religión, juego, etc.

**Textura abierta del lenguaje:** es imposible que el legislador anticipe toda conducta pasible de ser sancionada para poder legislar al respecto. Es inevitable que con los cambios que se producen en la sociedad aparezcan nuevos casos en los que no se dilucide con facilidad si el término es aplicable o no. Este tipo de vaguedad es imposible de eliminar por completo, pero es posible solucionarlo en cada caso en concreto.

En el presente trabajo se sostiene que el término “obsceno” se trata de una vaguedad combinatoria, ya que no se sabe con exactitud cuál es la pluralidad de condiciones relevantes que deben ser cumplidas para que ese caso quede comprendido dentro del término obsceno. Además, solo se sabe que dichas condiciones dependen de los valores protegidos por la sociedad al momento de realizado el hecho.

Si buscamos propiedades relevantes en el tipo, sería la exposición de lo sexual sin el consentimiento del espectador de dicha exhibición. Pero no se aclara en que intensidad debe darse la exhibición, ni que parte del cuerpo al ser expuesta es considerada obscena. Por lo cual, la solución más sencilla, para aclarar este término sería que el legislador sancione una ley que lo aclare. Pero, como ello no ocurre y los jueces deben seguir dictando sentencias, se sigue realizando la interpretación de este tipo abierto.

Según Alston la vaguedad combinatoria se “*deriva de la indeterminación en torno a qué combinación de condiciones es necesaria o suficiente para la aplicación del término*”.<sup>5</sup> Dichas condiciones varían al igual que lo hacen los valores jurídicos considerados valiosos en la sociedad. Según Alonso, no existe “una utilización relativamente estable para esta palabra”.<sup>6</sup> Esto la torna vaga, ya que su contenido depende de la concepción

---

<sup>5</sup> ALSTON, *Filosofía del lenguaje*, Alianza Universidad, Madrid, 1974, pp. 125 y ss.

<sup>6</sup> ALONSO, op. cit., p. 61.



que la sociedad tenga respecto a este en un momento determinado.

## ***II.B. Bien jurídico protegido***

En lo referente al bien jurídico protegido, la doctrina se encuentra dividida. Mientras algunos autores y jurisprudencia sostienen que es el pudor público.<sup>7/8</sup> Otros sostienen que es el pudor individual.<sup>9</sup>

Según este trabajo, lo que se pretende proteger es al individuo, el derecho que tienen las personas a no ser expuesta a situaciones que le puedan resultar lesivas en cuanto a su sexualidad.

La doctrina suele considerar que todo lo relacionado con lo obsceno está contemplado por los artículos 128 y 129 del Código Penal. Pero, en realidad, el artículo 128 prevé la sanción a la pornografía estableciendo como verbos típicos “produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere”, pero aclara que solo es sancionada esta conducta cuando la víctima es un menor de edad. En cambio, el tipo penal previsto en el artículo 129 contempla un tipo general y lo respectivo a los menores es una especie del tipo.

Según Romero Villanueva y González Garrido, el bien jurídico protegido es el pudor público. Además, consideran que lo obsceno depende del tiempo, del lugar, y resulta que se trata de un concepto dinámico y variable de lo que se extrae la imposibilidad de utilizar una definición unívoca.<sup>10</sup> Esto es lo que realmente pasa, ya que el juez al momento de determinar

---

<sup>7</sup> Publicado en: LA LEY1980-D, 883. Cita Online: AR/DOC/12289/2001 Báez, Julio C. - Arce Aggeo, Miguel Ángel. LA LEY2005-E, 94 - Supl. Penal 2005 (junio), 01/01/2005, 29

<sup>8</sup> Cám. Nac. Crim. Y Corr., sala VII 20-10-92, “R., L.”, D. J. del 14-4-93.

<sup>9</sup> C.C.C., sala VI, voto del doctor Zaffaroni, ED, 121-238; Juzgado en lo Correccional letra J, “G, L. M.”, ED, 122-600.

<sup>10</sup> D’ALBORA, “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005, p. 475.

si el término es aplicable o no tiene en cuenta los criterios de aplicabilidad vigentes en el sistema presente.

Ante la pregunta de ¿qué es obsceno? las respuestas pueden ser múltiples.

Según Creus es obscena la manifestación torpe de lo sexual que choca con los límites de esta expresión que tiene la sociedad.<sup>11</sup> El elemento que aporta es que la sociedad tiene noción de límites para estas manifestaciones.

Los tribunales argentinos entienden por obsceno a “*Lo torpe, impúdico, ofensivo al sentimiento público de pudor*”,<sup>12</sup> “*lo que tiende a excitar los instintos groseros y los bajos apetitos sexuales, ultrajando el pudor público o las buenas costumbre*”.<sup>13</sup> Los términos utilizados producen más dudas que certezas, alimentando la imprecisión del término.

Según la Real Academia Española, a la cual se suele recurrir cuando se requiere alguna definición, la exhibición obscena es la “*conducta que puede ser constitutiva de delito por la que se muestran los órganos sexuales a otro sin otra finalidad distinta a la propia satisfacción sexual*”.<sup>14</sup> De esta definición académica, se puede deducir que, serían “*exhibiciones de partes que deberían estar cubiertas y ello limitado a las que revistan un contenido sexual*”.<sup>15</sup>

## ***II.C. Contenido sexual***

En algunas sentencias, los tribunales argentinos han decidido que el contenido sexual es uno de los elementos del tipo

<sup>11</sup> Cfr. CREUS, “Delitos Sexuales según la ley 25.087” J.A. 1999 - III - 807/15.

<sup>12</sup> C.S.J.N., ED, 127-97; C.C.C., LA LEY, 7-1007; C.C.C., LA LEY, 23-331.

<sup>13</sup> C.C.C., LA LEY, 99-1; C.C.C., sala II, LA LEY, 1986-D, 437; C.C.C. LA LEY, 14-337.

<sup>14</sup> Real Academia Española consultado en [<https://dej.rae.es/lema/exhibici%C3%B3n-obscena>] el 27/11/2019.

<sup>15</sup> Causa N° 967-01-00/15 “S. V., W. A. s/at. 129 y otros CP”- Cámara de apelaciones en lo Penal, Contravenciones y de faltas, p. 6. Consultado en [<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/067/925/000067925.pdf>] el 27/11/2019.

penal de exhibiciones obscenas. Es decir, que han agregado mediante la jurisprudencia un elemento no previsto en la formulación normativa, el elemento del contenido sexual. Esto ha sucedido en la Causa N° 967-01-00/15 “S. V., W. A. s/at. 129 y otros CP”.<sup>16</sup> En este fallo de 2016, los hechos ocurridos fueron que un hombre, producto de la ira del momento y las discusiones con su vecino, exhibió sus genitales estando en la puerta de su departamento. En este caso la Cámara entendió que no era posible subsumir la conducta de este hombre dentro del término obsceno, en la medida en la que fue una simple exhibición careciente de contenido sexual, considerando atípica su conducta.

Al establecer que se exige la existencia de contenido sexual en la exhibición, queda en evidencia que se trata de un delito doloso y como tal, esto implica que debe haber voluntad de realizarlo. “*El dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos*”.<sup>17</sup> Esto debe estar presente al momento que se comete el hecho.<sup>18</sup>

Pero al existir la imprecisión en el término, no es posible saber fehacientemente con anterioridad a la realización del hecho todos los elementos del tipo objetivo. Por ello, sería posible alegar que esto vuelve atípica la conducta por tratarse de un error de tipo, pero debería demostrarse que este error es invencible, cosa que resultaría muy difícil si se exponen los órganos reproductivos, aunque hemos visto que depende de la intención con la que esto se hace.

Es importante la intencionalidad, ya que según la jurisprudencia, si la exhibición no tiene contenido sexual el posible infractor quedará absuelto. En el año 2002, en el Obelisco, se tomaron fotografías con fines artísticos de personas

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>17</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte General*, capítulo VII “el tipo subjetivo en el delito doloso”, Rubinzal Culzoni, p. 515.

<sup>18</sup> DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, p. 550.

completamente desnudas, para ello se habían concedido las autorizaciones correspondientes. En este caso, un abogado que presencio la exhibición y se sintió agraviado formulo una denuncia penal contra la autoridad que permito esto y contra el artista que propuso la idea. En su dictamen, el fiscal en lo correccional entendi6 que no existi6 la actitud dolosa por parte del fot6grafo y los participantes, por lo cual se desestim6 la denuncia.<sup>19</sup> En este caso no era una acci6n dolosa y no tena contenido sexual, por lo que se consider6 at6pica la conducta.

### III. Interpretaci6n

Para la aplicaci6n de la ley es necesaria la interpretaci6n de la formulaci6n jur6dica porque, ninguna ley se aplica sola, por lo cual es el juez el que debe valorar los hechos e interpretar para poder aplicarla.<sup>20</sup> El juez tiene el deber de analizar los valores considerados valiosos por la sociedad al momento de aplicar una sanci6n, ya que no solo el mismo es parte de esa sociedad, sino que a su vez la representa. Pero, que este sometido casi plenamente a la interpretaci6n de un juez en cuanto a que no se determina que conducta es obscena, lesiona el principio de legalidad.

La ley es general, ya que se debe aplicar a todas las personas. Adem6s, es abstracta, ya que no enumera todos los casos posibles. Por ello, es necesario que el juez interprete la ley que es general, que haga una interpretaci6n judicial, para poner sancionar en el caso concreto. Este tipo penal ha sido

---

<sup>19</sup> Nota publicada en el diario "Cr6nica" el 09/04/02. Citado "Asociaci6n pensamiento penal", C6digo comentado de acceso libre. "Exhibiciones obscenas" por Fabi6n Luis Riquert y Marcelo Alfredo Riquert, p. 8, cita 29.

<sup>20</sup> BIDART CAMPOS, "¿La inconstitucionalidad del delito de publicaciones obscenas?", en E. D. 127-98/99.

considerado un tipo abierto, ya que se encuentra supeditado a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>21</sup>

Ningún tipo penal puede tener una descripción exhaustiva, el juez debe aplicar la valoración cultural,<sup>22</sup> ya que el exceso de especialización puede llevar a la inaplicabilidad cuando aparecen nuevas concepciones.

Existen otros antecedentes, como “Dellino, J.A. S/ Exhibiciones Obscenas”, el cual es un caso de 1980 cuya sentencia es de cámara al igual que el caso anterior. En este, no solo no se exigió la existencia de contenido sexual, sino que no se exigió que el delito haya sido consumado para castigarlo de igual manera. Para ello, se sostuvo que *“delito de exhibiciones obscenas es formal, razón por la cual no requiere una efectiva ofensa al pudor sexual de personas espectadoras, siendo irrelevante para su consumación que el hecho haya sido visto, pues basta con que exista tal posibilidad”*.<sup>23</sup>

### **III.A. Conflicto ocasionado por la imprecisión del término obsceno**

La existencia de la incertidumbre del término obsceno implica poner en peligro el principio constitucional de legalidad. En tanto, este exige que cuando se trata de aplicación de las sanciones previstas en el código penal los controles de que este principio sea respetado deben ser más estrictos.

En función del principio de legalidad, principio explícito previsto en el artículo 18 del texto constitucional, el sistema debe dar las soluciones más coherentes posibles respecto de este para protección de las personas. Pero, la existencia de esta

<sup>21</sup> C.C.C., sala I, “Álvarez Insua, Carlos”, JA, 1987-III-44; C.C.C., sala II, causa “Pérez, Sergio”, rta el 21/11/1998.

<sup>22</sup> CSJN, 29-9-87, “M, N, J. y otros”. E. D. 127-97/102.

<sup>23</sup> Fallo DELLINO, J.A. s/ EXHIBICIONES OBSCENAS, 1980. Consultado en [<http://www.saij.gob.ar/exhibiciones-obscenas-sug0002622/123456789-0abc-defg2262-000gsoiramus>] el 27/11/2019.

imprecisión torna al sistema incoherente, en la medida en que no se permite al posible infractor conocer con anterioridad a la comisión del hecho que al realizar la conducta típica, se hará merecedor de una sanción penal.

En la doctrina impuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los antecedentes “Castillo Petruzzi y otros vs Perú”<sup>24</sup> (1999) y “Kimel vs Argentina”<sup>25</sup> (2008), para satisfacer el principio de legalidad, el tipo penal en análisis debe ser determinado en forma expresa, previa, precisa y cierta (determinada).

Según el principio de legalidad los requisitos de la ley penal son:

**Previa:** debe existir una ley sancionada con anterioridad al hecho cometido que está siendo considerado como delito. No se puede aplicar la ley de forma retroactiva en contra del imputado por el principio de irretroactividad de la ley penal.

**Escrita:** debe existir una ley sancionada por el órgano competente. Ello implica que no se puede utilizar la costumbre para imponer una sanción penal.

**Estricta:** es aplicable solo a los casos contemplados por esa ley. Se prohíbe la utilización de la analogía, es decir que, no se puede aplicar la misma solución prevista para una situación en particular para otros casos con características similares.

**Cierta:** las leyes sancionadas por el legislador deben ser precisas, tiene un mandato de certeza. La norma escrita debe determinar con certeza la conducta u omisión que es punible. La ley penal escrita debe determinar y delimitar la acción contraria a la norma.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)] el 28/11/2019.

<sup>25</sup> Consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)] el 28/11/2019.

<sup>26</sup> ROXIN, “Iniciación al Derecho Penal de hoy”, Universidad de Sevilla, pp. 112 y ss.

Pero, en el caso del delito de exhibiciones obscenas se incumple con el mandato de certeza que debe tener la ley penal, ya que utiliza un término vago, no determinando de forma cierta cuales son los actos considerados merecedores de la sanción penal. Además, si bien la ley está escrita de forma previa, su contenido no es establecido previamente a la comisión del hecho, sino que está sometida a una valoración posterior.

*“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.*<sup>27</sup> Únicamente las normas escritas con anterioridad al cometimiento del hecho pueden volver a su actor pasible de sanción, de esta manera en un Estado de Derecho se limita el poder coercitivo el Estado. En un Estado de derecho, existe la obligación de que las conductas que violan las normas estén tipificadas claramente para que, quien hace lo que la ley penal considera delito sepa que está violando la norma jurídica y haciéndose merecedor de una sanción.<sup>28</sup>

En un intento de evitar la producción de daño al principio de legalidad, y ante el riesgo a la seguridad jurídica que representa la imprecisión del término, en algunos casos se ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad del tipo penal.<sup>29</sup>

Es necesaria la existencia de una ley penal que determine con precisión cual es la conducta sancionada, ya que en caso contrario se genera incertidumbre en la persona pasible de sanción. Si esto ocurre se pone en peligro la seguridad jurídica,

<sup>27</sup> Piqué, “Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad”, consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>] el 28/02/2020.

<sup>28</sup> C.C.C., sala VI, causa 16.994 “S.D.”, rta. el 6/10/1988.

<sup>29</sup> Fallo C., D. J. s/infr. art(s) 129 2 párr, Exhibiciones Obscenas (agravado por la edad) CP (p/L 2303), 2017. Consultado en [<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/075/980/000075980.pdf>] el 28/11/2019. En la página 4, alegato de la defensora oficial.

ya que no se permite predecir previamente la aplicación de esta pena.<sup>30</sup>

La ley no es cierta y previa en cuanto a que, su contenido significativo está sujeto a la valoración, o mejor dicho la interpretación que le dé el juez en el caso concreto teniendo en cuenta los valores que la sociedad pretende resguardar en un momento, cultura y contexto histórico determinado.

Algunos sostienen que si bien los límites del término son imprecisos, es comprendida por el común de la gente de manera suficiente que permite conocer con antelación que esa conducta es reprochable.<sup>31</sup> Pero, no es posible afirmar esto en todos los casos, más aun teniendo en cuenta que en la sociedad actual hay múltiples culturas conviviendo.

Las acciones que estén dentro del ámbito de libertad son penalmente irrelevantes. Esto está previsto en el principio de reserva de ley, artículo 19 Constitución Nacional Argentina segunda parte *in fine*, en cuanto a que solo se puede limitar un derecho mediante una ley y todo lo que no está prohibido por esta está libre de reproche.

Al existir la incertidumbre sobre cual conducta o exhibición es considerada obscena, se podría alegar que el principio constitucional de legalidad impone que una conducta que acarrea sanción penal necesariamente debe estar determinada con antelación a la producción del hecho. Pudiendo llevar esto a la absolución del acusado, pero esto podría generar un problema peor. En tanto, absolver a una persona que cometió, quizás no un delito penal, pero si un hecho dañoso para terceros, sería injusto. En este caso entrarían en colisión dos principios constitucionales explícitos como son el principio de legalidad y el de lesividad.

---

<sup>30</sup> Cfr. MAURACH & ZIPF, *Derecho penal. Parte General*, Astrea, 1994.

<sup>31</sup> Dictamen del procurador general en el fallo de la CSJN, 29-9-87. "M., N., J y otro" E.D. 127-97.



#### **IV. Colisión de principios constitucionales**

Si bien, quien causa el daño sigue teniendo el derecho a que se respete la garantía del principio de legalidad, la persona dañada tiene derecho también a que se respete el principio de lesividad. Ambos son derechos constitucionales que deben ser respetados, pero cuando estos colisionan es necesario determinar cuál debe ponderar.

En caso de que la víctima se trate de un menor de edad, resultaría evidente que prevalecería el principio de interés superior del niño previsto en instrumentos internacionales como en el artículo 3 inciso de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este se prevé que los tribunales al momento de tomar una decisión en un tema que respecta a un menor, debe proteger el interés superior del niño.

En caso de no cumplir con la protección del principio del interés superior del niño, el Estado Argentino tendría sobre si responsabilidad internacional. Esto se debe a que, en la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, en su artículo 75 inciso 22, se otorgó jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos. Entre estos, está la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir que el principio del interés superior del niño goza de jerarquía constitucional, al igual que el principio de legalidad y el de lesividad, pero como se mencionó, el incumplimiento de este principio acarrearía responsabilidad internacional del Estado Argentino frente a la comunidad internacional. Por ello, cuando la víctima del delito es un menor de edad, las sanciones suelen ser más concretas y severas. Ello implica que, en caso de colisión de principios, el interés superior del niño pondera por sobre los otros.

Pero, en caso que se trate de una víctima mayor de edad, establecer entre los principios de legalidad y de lesividad cual prevalece resulta más complejo. En estos últimos casos el delito suele ser desestimado por falta de contenido sexual o porque

queda subsumido dentro de un delito más gravoso, como el abuso sexual.<sup>32</sup>

Del principio de legalidad se desprende el aforismo *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* el cual establece que una persona no puede ser sancionada por un acto que no era considerado delito al momento de su comisión. En el caso de esta norma que es vaga, si bien la ley es previa, no permite entender con precisión cuales son los elementos necesarios del tipo para ser pasible de sanción. La valoración de estos actos es posterior a la realización de los mismos. Por ello, se podría alegar que como el contenido del término es posterior a la realización del hecho, no se está cumpliendo con el principio de legalidad, por lo cual se debería absolver al acusado.

La exigencia de la ley previa está prevista a su vez en instrumentos internacionales, como en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos humanos. En el caso de las exhibiciones obscenas, si bien la ley escrita es previa, el contenido significativo de esta no es previo, sino que está sujeto a la interpretación del juez posterior a su realización.

En estos casos los principios constitucionales que están en colisión son, por un lado el principio de lesividad, previsto en el artículo 19, el cual implica que nadie puede realizar acciones que lesionen derecho de terceros ni física, ni psicológicamente. Por el otro lado, el artículo 18, del cual se desprende el principio de legalidad, el cual implica que nadie puede ser sancionado, sino en función de ley cierta anterior al hecho del proceso. El principio de legalidad tiene como función limitar el poder punitivo del Estado, al evitar la aplicación de toda sanción penal que no respete estrictamente los requisitos que debe cumplir una norma penal.

---

<sup>32</sup> Fallo L.D.J. | infr. art(s). 129, 1° párr. Exhibiciones obscenas. Cita MJ-JU-M-44580-AR | MJJ44580.

Las exigencias que tiene el principio de legalidad permiten a la persona gozar una garantía para limitar el poder punitivo del Estado. El Estado es quien tiene el *ius puniendi*, el monopolio del poder sancionador, el cual lo expresa de la forma más fuerte posible a través de la aplicación del derecho penal. La última ratio del derecho penal implica que para que este sea aplicado, los demás medios deben haber fracasado y debe ser indispensable sancionar. En el caso de las exhibiciones obscenas, es evidente que es necesario sancionar, pero no han fallado otros medios para sancionar, por lo cual se podría concluir que existen otras soluciones posibles. Considero que el hecho de que esta conducta este tipificada como delito penal es lo que genera el problema principal que debe ser solucionado.

El propio sistema penal considera al delito de exhibiciones obscenas como un delito menor, cuando la víctima es un mayor de edad, en la medida en que la sanción que prevé para este es el tipo de sanción más leve, meramente una multa. Al menos después de todo lo expuesto, es posible considerar que al cerrar este tipo penal considerado abierto se puedan generar inconvenientes, pero que son necesarios.

Resultaría más idóneo proceder para la sanción de este perjuicio por la vía civil mediante una demanda por daños y perjuicios, al menos de esta manera, la sanción pecuniaria que puede imponer esta vía puede garantizar un resarcimiento más efectivo y completo que, el que podría haber dado el sistema penal, ya que las herramientas con las que cuenta cada vía son diferentes y específicas. Lo que busca este tipo de sanción es obtener un resarcimiento económico por los daños causados a los terceros. El propio legislador al momento de imponer una sanción optó por considerar que el daño producido por una exhibición obscena no puede acarrear una sanción mayor que la pecuniaria. Por ello, se podría fácilmente deducir que es viable optar, para el resarcimiento de este daño, por la vía civil.

Al realizar este reclamo por vía civil, se estaría reservando la vía penal para los casos más graves, manteniendo la concepción del derecho penal como última ratio.

Pero, si se pretende que esta exposición siga siendo un delito penal, resultará necesario que el legislador realice dos cosas. Primero, que derogue la ley vaga eliminándola del sistema normativo. Segundo, sancione una ley más específica en cuanto a los elementos que se deben cumplir para que quede constituido este delito. Creando con este acto de derogación y posterior promulgación un nuevo sistema normativa, el cual seguirá perteneciendo al mismo orden jurídico que el sistema anterior. Pero, como en la mayoría de los casos, esto no es tan fácil como parece, ya que ni la propia doctrina ni mucho menos la jurisprudencia se atreve a determinar sin titubeos que parte del cuerpo al ser expuesta es merecedora de sanción. De un análisis de ambas se puede concluir que lo considerado obsceno es en el caso de las mujeres, los pechos, en particular los pezones y los órganos genitales de esta. En el caso de los hombres, solo la exposición de los genitales puede ser considerado obsceno, ya que aparentemente a los pezones masculinos no se asocia connotación sexual.

Pero la dificultad en la tarea legislativa de promulgar una formulación normativa también está en que, lo que es considerado obsceno depende de un contexto, una cultura y un momento histórico determinado. Lo considerado obsceno varía con cada sociedad, no es lo mismo lo que era considerado obsceno la década pasada que lo que es considerado obsceno en la actualidad. Basta con preguntarle a nuestros abuelos para confirmar que cuando ellos eran jóvenes, el solo hecho de que la mujer enseñase las piernas por sobre sus rodillas podía ser considerado provocativo y obsceno. Actualmente esto parece irrisorio, hasta en provincias tan conservadoras como continúa siendo Salta, en la actualidad se ha llegado a naturalizar que la mujer pueda enseñar las piernas, parte del pecho, los hombros, siempre y cuando no muestre el pezón o los órganos

reproductivos. Por ello, cabe concluir que lo que actualmente la sociedad considera obsceno, en la próxima década puede no ser considerado como tal.

## **V. Conclusión**

Como se ha analizado, el término obsceno es un término vago reconocido por la jurisprudencia y la doctrina, pero no se ha hecho más que mantener ese defecto lógico alegando que se trata de un tipo penal abierto. Que sea un tipo abierto implica que, cuando un caso se presenta ante el juez, este decidirá interpretando la norma, si esa conducta queda subsumida dentro del término obsceno o no.

Pero la existencia de esta imprecisión en el término obsceno, en tanto no sea solucionada, amenaza con afectar el principio de legalidad que debe respetar toda norma del ordenamiento jurídico, más aún cuando se trata de una norma penal.

Si bien, se podría alegar que existen ciertos límites previstos en la sociedad, en cuanto a que partes se pueden exponer sin ser sancionados y cuáles no. También es cierto que, la sociedad está formada por un grupo heterogéneo de personas, de las cuales no todas tienen los mismos “estándares” de moralidad.

Lo que es considerado obsceno queda a la valoración de un juez que debe interpretar los valores de la sociedad en su conjunto, lo cual no es tarea fácil. Los pocos autores que se atreven a reconocer cuales partes del cuerpo al ser expuestas son consideradas obscenas coinciden en que, exponer los órganos reproductivos se está cometiendo este delito. Pero, la jurisprudencia parece sostener, al menos por lo analizado, que ni siquiera la exposición de estos es determinante, agregando el elemento del contenido sexual.

Que exista un problema no implica que se pueda dejar impune a quien daña. Pero, al momento de sancionar el juez debe tener presente esta imprecisión e imponer penas en función del perjuicio causando.

La imprecisión y vaguedad del término obscenidad no permite al sujeto conocer con antelación si su conducta termina siendo contemplada por este tipo penal o no, afectando al principio de legalidad. La jurisprudencia lejos interpretar con precisión qué es lo que el legislador considera obsceno, lo único que ha hecho es alimentar esta imprecisión considerando simplemente que es un tipo penal sujeto a la interpretación. Es decir que, como se ha venido interpretando hasta el momento lo único que se ha hecho es seguir profundizando o reproduciendo la vaguedad combinatoria que presenta el término obsceno sin dar una solución definitiva a este problema.

Por todo lo expuesto es notoria la existencia del problema y que este necesita solución. Una solución posible es la propuesta en este trabajo. Cambiar la vía del reclamo para obtener una reparación del daño más integral que la que puede dar la vía penal es lo que parece más adecuado, al menos por el momento. El cambio en la vía, no solo permitiría obtener un resarcimiento más integral, sino que también le permitiría al ordenamiento jurídico argentino recuperar la coherencia perdida.

## VI. Bibliografía

- Alonso, Juan Pablo, “Interpretación de las normas y el derecho penal”. 1ª ed. 1ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- Alonso, Juan Pablo, “Violación, aborto y las palabras de la ley”.
- Alston, William 1964: “Filosofía del lenguaje”. Alianza Universidad, Madrid, 1974.
- Bidart Campos, Germán J., “¿La inconstitucionalidad del delito de publicaciones obscenas?”, en E. D. 127-98/99.
- C.C.C., LA LEY, 99-1; C.C.C., sala II, LA LEY, 1986-D, 437; C.C.C. LA LEY, 14-337.
- C.C.C., sala I, “Álvarez Insua, Carlos”, JA, 1987-III-44; C.C.C, sala II, causa “Pérez, Sergio”, rta el 21/11/1998.
- C.C.C., sala VI, voto del doctor Zaffaroni, ED, 121-238; Juzgado en lo Correccional letra J, “G, L. M.”, ED, 122-600.

- C.S.J.N., ED, 127-97; C.C.C., LA LEY, 7-1007; C.C.C., LA LEY, 23-331.  
Cám. Nac. Crim. Y Corr., sala VII 20-10-92, “R., L.”, D. J. del 14-4-93.  
Carrió, Genaro 1965: “Notas sobre derecho y lenguaje” (4ta ed. Corregida y autenticada). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990.  
Creus, “Delitos sexuales según la ley 25.087”.  
CSJN, 29-9-87, “M, N, J. y otros”. E. D. 127-97/102.  
D’Albora, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.”, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005.  
Donna, Derecho Penal. Parte general. Capítulo VII “el tipo subjetivo en el delito doloso”, página 515.  
Fallo de la CSJN, 29-9-87. “M., N., J y otro” E.D. 127-97.  
[file:///C:/Users/ThinxPad %20X230/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunicationsapps\\_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/MJ-JU-M-75851-AR\[525\].pdf](file:///C:/Users/ThinxPad%20X230/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunicationsapps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/MJ-JU-M-75851-AR[525].pdf)  
[file:///C:/Users/ThinxPad %20X230/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunicationsapps\\_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/MJ-JU-M-44580-AR\[526\].pdf](file:///C:/Users/ThinxPad%20X230/AppData/Local/Packages/microsoft.windowscommunicationsapps_8wekyb3d8bbwe/LocalState/Files/S0/3/MJ-JU-M-44580-AR[526].pdf)  
<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/067/925/000067925.pdf>  
<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/067/925/000067925.pdf>  
<http://public.diariojudicial.com/documentos/000/075/980/000075980.pdf>  
<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>  
<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6307921&cache=1573951619622>  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf)  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37957-art-129-exhibiciones-obscenas>  
[http://www.saij.gov.ar/exhibiciones-obscenas-sug0002622/123456789-0abc-defg2262-000gsoiramus\\_](http://www.saij.gov.ar/exhibiciones-obscenas-sug0002622/123456789-0abc-defg2262-000gsoiramus_)  
[http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/obscenas2.htm\\_](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/obscenas2.htm_)

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAxNjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAai9aTzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAai9aTzUAAAA=WKE)

<https://www.anbariloche.com.ar/noticias/2019/08/30/71079-imputaron-a-un-hombre-por-exhibiciones-obscenas-en-la-via-publica>

<https://www.continental.com.ar/noticias/sociedad/usuarios-del-subte-el-acoso-el-manoseo-y-las-exhibiciones-obscenas-son-algo-habitual/20151021/nota/2977372.aspx>

[https://www.ecured.cu/%C3%93rganos\\_sexuales](https://www.ecured.cu/%C3%93rganos_sexuales)

Piqué, María Luisa. “Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad”. Primer párrafo. Consultado en [<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>] el 28/02/2020.



# La importancia del poder de policía municipal, en la provincia de Buenos Aires, respecto a las fumigaciones con agroquímicos

*Juan Ignacio Moreno*<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e372>

## I. ¿Cuáles son las consecuencias de la agricultura industrial?

Para afrontar las consecuencias en la aplicación de agroquímicos y brindar una respuesta jurídica, resulta trascendental acompañar el debate junto a una serie de hechos relevantes que constatan su peligrosidad para la salud humana y el ambiente.

En el año 2017, la Redactora Especial sobre el derecho a la alimentación presentó un informe<sup>2</sup> ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto a las consecuencias de los agroquímicos para los derechos humanos. Se manifestó que los agroquímicos se promovieron de forma agresiva poniendo en peligro un verdadero goce del derecho humano a la alimentación. El informe recepta unas 200.000 muertes por intoxicación aguda ante la exposición a los agroquímicos.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Ayudante alumno por concurso de la materia Derecho Agrario Cátedra 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Investigador (FCJyS-UNLP)

Contacto: [ignacio\\_moreno@live.com.ar](mailto:ignacio_moreno@live.com.ar)

<sup>2</sup> Informe de la Redactora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación del año 2017. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58ad94864>

El avance tecnológico gestado por las grandes potencias implicó la masificación en la producción de alimentos. En este sistema productivo se pierde la fertilidad de los suelos a causa del constante incremento de insumos químicos sobre la tierra que generan una reducción de sus nutrientes. Es decir, que mediante la utilización de los agroquímicos los productores requieren una mayor cantidad de tierra para mantener su nivel de producción. Por el fin mercantilista, los pequeños y medianos productores se endeudan adquiriendo insumos dolarizados (fabricados por multinacionales como Bayer-Monsanto, Syngenta, Dupont y Baff).

Retomando el Informe de la Redactora, este sistema productivo no logró eliminar el hambre del mundo y la dependencia a los insumos químicos trajo aparejada una alimentación inadecuada.

En base a esta agricultura industrial se ha generado un trastorno sobre el ecosistema del cual todos somos parte. Este aspecto se percibe ante la desaparición de la biodiversidad a razón de las fumigaciones corrompiendo la cadena alimentaria entre las especies de animales depredadoras y sus presas.

En el marco de un derecho humano a la alimentación, los Estados deben exigir una seguridad alimentaria real y que los alimentos estén libres de plaguicidas. También se debe garantizar los derechos a los sectores más vulnerables, sujetos pasivos, frente a estas prácticas como:

- Los trabajadores rurales, quienes tienen una exposición cotidiana con estos tóxicos al utilizarlos mediante la aplicación terrestre en tractores, manualmente con las mochilas o incluso exponiéndose a ser bañados literalmente por esta lluvia tóxica emanada de avionetas.
- Las comunidades agrícolas, comprendida por los pobladores que residen en zonas próximas a la actividad agraria.
- Los niños, los cuales según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) trabajan en la agricultura de todo el mundo en un 60 % comprendidos entre los 5 y 17 años

que equivale a 98 millones de niñas y niños<sup>3</sup>. A su vez, la exposición de agroquímicos sobre la infancia involucra problemas en el desarrollo intelectual<sup>4</sup>.

- Mujeres embarazadas que viven en zonas aledañas a estas producciones intensivas y han sufrido abortos espontáneos tras las fumigaciones.

La Red de Acción en Plaguicidas, una organización sin fines de lucro, estipuló que entre 1 millón y 41 millones de personas son afectadas anualmente por la exposición a plaguicidas<sup>5</sup>. Por esta constante exposición a los agroquímicos, destaca la Redactora, se los ha vinculado al cáncer, Alzheimer, Parkinson, trastornos hormonales, a problemas de desarrollo y a esterilidad. También se lo asocia con alergias y efectos neurológicos como pérdida de memoria. Cabe considerar que los síntomas pueden no presentarse de una manera inmediata a la fumigación y observarse sus efectos con el transcurso de los meses.

Otro aspecto que incide en la propagación de las consecuencias de los agroquímicos se concentra en la falta de control, en algunos casos porque se carece de los recursos humanos necesarios para abarcar todo el territorio de una localidad. Dicho control, materializado en el poder de policía municipal, se torna fundamental cuando el glifosato, un herbicida de gran utilización en la Argentina, ha sido considerado, en el año 2015, por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como probable cancerígeno humano y que cuenta con resoluciones judiciales que comprueban esta situación. El glifosato hace 10 años, según expone el Dr. Damián Marino, se aplicaba en unos 3 litros por hectárea mientras que en la actualidad se aplican 15 litros por

---

<sup>3</sup> Trabajo Infantil en la Agricultura por la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/ipec/areas/Agriculture/lang--es/index.htm>

<sup>4</sup> Eyhorn, *Reducing Pesticide Use*, p. 9. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/e51e/12f5491b11820f10119911ee480857464e74.pdf> Último acceso 24/10/19.

<sup>5</sup> Red de Acción en Plaguicidas, *Communities in Peril: Global Report on Health Impacts of Pesticide Use in Agriculture (2010)*. Disponible en: [http://www.pan-germany.org/download/PAN-I\\_CBM-Global-Report\\_1006-final.pdf](http://www.pan-germany.org/download/PAN-I_CBM-Global-Report_1006-final.pdf) Último acceso 22/10/19

hectárea<sup>6</sup> denotando un incremento a razón de la expansión del agronegocio.

Finalmente, un mito que es importante derribar consiste que “las verduras y frutas con residuos tóxicos pueden con un simple lavado quedar limpios de los mismos”. Los plaguicidas se aplican sobre las raíces de los cultivos, como en lechugas o frutas, por lo cual su contenido químico se propaga por toda la planta. Irremediablemente aquellos desechos químicos llegarán a nuestras mesas.

Frente a la vulneración de los derechos humanos (considerados dentro de este concepto la salud, alimentación y el ambiente) que viven los pueblos fumigados se abordará, a continuación, el término de “poder de policía” como herramienta esencial para hacer frente a este suceso.

## II. ¿Qué se entiende por poder de policía?

Con el fin de obtener una mayor precisión sobre el poder de policía resulta indispensable comprender los términos de poder y policía de una manera independiente para luego analizar su conjunción y vinculación con la fumigación de agroquímicos.

Dentro del derecho público el poder es concebido de manera única y se divide en funciones (como la legislativa, administrativa y jurisdiccional) las cuales son ejercidas por órganos del Estado. (Gordillo, 2013)

Desde la edad antigua hasta el siglo XV se vinculaba al concepto de policía con las actividades estatales. Luego el término de policía redujo su amplitud y se abocó a la actividad administrativa interna como reglamentación, poder de coacción y dictado de órdenes. Estas actividades vislumbraban a la policía como una función del Estado y en particular como

---

<sup>6</sup> Nota del medio Noticiauno del día 5/6/2018 bajo el título “Argentina lidera el ranking mundial por la cantidad de glifosato que usa el campo” Disponible en: <http://www.noticiauno.com.ar/nota/3502-Argentina-lidera-el-ranking-mundial-por-la-cantidad-de-glifosato-que-usa-el-campo> Último acceso 25/10/2019

una función ejecutiva. En el siglo XVII se sostenía que esta intervención estatal, en el marco del poder de policía, debía ejercerse cuando el buen orden de la comunidad se encontrara en peligro para garantizar la libertad y la seguridad mediante el poder de coacción.

Desde esta visión liberal, el poder de policía tiene la facultad de imponer límites y restricciones a los derechos individuales con el fin de proteger la seguridad, salubridad y moralidad. En cambio, el Estado de bienestar modifica este paradigma y entiende al poder de policía como la complementación de la prevención del daño y la promoción del bien común. Por lo tanto, esta definición establece una relación indispensable entre prevenir un daño, como en el caso del ambiente, donde consecuentemente se estará eliminando peligros y evitando perturbaciones al orden con la promoción de un bienestar común para una vida digna de los seres humanos.

### **III. Legislación sobre el poder de policía ambiental**

La reforma constitucional del año 1994 incorporó la protección de derechos colectivos que atañen a todos los ciudadanos. El que aquí nos incumbe es la protección al ambiente que establece el deber de garantizar a las generaciones presentes un ambiente sano y equilibrado con una ética intergeneracional (art.41 Constitución Nacional, 1994). A través de esta ética se exige cuidar y preservar el ambiente para que las generaciones futuras puedan disfrutarlo en las mismas condiciones que las generaciones presentes. Se establece la responsabilidad por parte del Estado para prevenir daños al ambiente.

El actual modelo del agronegocio, más allá de su rentabilidad inmediata, no colabora con este designio constitucional ya que se ponen en riesgo los recursos de las generaciones presentes y futuras mediante la aplicación de un sistema de agricultura intensivo basado en el monocultivo y la reducción de la biodiversidad. Además, la satisfacción de las necesidades es realmente discutible, ¿Qué tipo de alimentación se fomenta

con la agricultura industrial? ¿Una alimentación que contenga residuos tóxicos? ¿Un consumo de carne sostenida por medicamentos a consecuencia del encierro del ganado en los feedlot? Ante estos interrogantes es trascendental un ejercicio efectivo del poder de policía para evitar las vulneraciones a derechos humanos fundamentales de las generaciones presentes y futuras que habitan y habitarán la República Argentina.

Continuando con la norma ambiental, el Congreso de la Nación tiene la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos, es decir, un marco regulatorio que establezca un conjunto de bases mínimas sobre las cuales se conserve los recursos naturales del país.

En el año 2002 el Congreso de la Nación aprobó la Ley General de Ambiente 25675 complementándose lo dispuesto por el texto constitucional. La ley trata los principios que rigen el ámbito del derecho ambiental de los cuales se puede destacar al precautorio y preventivo. En el caso del preventivo, se comprende que el derecho ambiental busca preservar el bien colectivo siendo este bien un elemento de funcionamiento social (Cafferata, 2004). Es decir que los seres humanos nos encontramos dentro de un entorno que el Estado tiene el deber de protegerlo por su aspecto público de los recursos y que afecta directa o indirectamente a toda la comunidad.

Desde el ámbito de la provincia de Buenos Aires y en consonancia con el marco protectorio nacional sobre ambiente, en el año 1994 se incorporó su protección. En su art.28, el Estado provincial garantiza el goce a un ambiente sano y su protección para las generaciones futuras. También desarrolla el dominio originario, no delegado a la Nación, de los recursos naturales en su territorio mientras este aprovechamiento sea mediante una gestión ambientalmente adecuada. Esta gestión consiste en la preservación, recuperación y conservación de dichos recursos para evitar la degradación del ecosistema. Este artículo constitucional se instrumentó a través de la Ley n° 11723 Integral de Medioambiente y los Recursos Naturales que contiene un procedimiento administrativo sobre el impacto ambiental de los

proyectos que produzcan algún efecto negativo en el ambiente y/o sus recursos naturales.

Mediante este plexo normativo se establece la conservación del ambiente, por parte del Estado, desde su preservación como su recomposición. En el caso de la aplicación de agroquímicos, la protección al ambiente, se materializa a través de la ley provincial 10699 donde los municipios (art.16 ley 10699), con la estructura necesaria, tendrán la facultad de ejercer junto al Ministerio de Agroindustria de la provincia de Buenos Aires el poder de policía. Este poder de policía municipal se consolida mediante ordenanzas que restringen la utilización de agroquímicos en zonas urbanas, en escuelas rurales, en cauces de agua y lugares que afecten derechos humanos de los pobladores. Es importante anticipar que se requiere de una política común entre municipio y provincia para lograr un verdadero bienestar social ante esta dramática situación de las fumigaciones.

#### **IV. El clamor social da sus frutos**

En este espacio se tratará la acción u omisión del poder de policía, sobre el uso de agroquímicos, en las localidades bonaerenses de Mercedes, San Antonio de Areco y Pergamino. Como primer acercamiento se vislumbra un reclamo de los pobladores que irrumpe en la agenda de los gobernantes.

Los pueblos fumigados se levantan e interpelan a sus representantes políticos en defensa por una vida digna. Ante este reclamo social es fundamental un verdadero compromiso político para detener los abusos del agronegocio.

##### ***Localidad de Mercedes***

En el año 2011, mediante la ordenanza N° 6998/2011, el Concejo Deliberante de la ciudad de Mercedes reguló la aplicación de agroquímicos. En dicha normativa se precisó los derechos fundamentales que se protegían, desde su primer artículo, como el ambiente, la salud y los recursos naturales frente a

este sistema productivo. La ordenanza delimita las zonas de protección frente a las fumigaciones, que a continuación se desarrollarán.

El artículo 4 de la presente ordenanza disponía la prohibición de fumigaciones aéreas con una distancia de 300 metros respecto a las viviendas del Partido de Mercedes y con previo aviso de 48hs al dueño de la vivienda. Durante el año 2013, fue modificado el art. 4 a través de la ordenanza N° 7217/13 estableciéndose una prohibición para toda fumigación aérea en una distancia no menor a 2 km. de centros poblados sin poder sobrevolarlos con o sin carga. Dicha reforma brinda una mayor protección legal para la salud de los habitantes de Mercedes y en consonancia con el decreto 499/91 (artículo 38) que reglamentó la ley provincial sobre agroquímicos 10699.

En su art. 5 se prohíbe la aplicación terrestre con equipos autopropulsados (también conocidos como “mosquitos”) en las áreas urbanas del municipio y efectuarse a una distancia de 500 metros de las áreas urbanizadas y zonas de población consolidada.

Sobre las zonas donde se encuentren establecimientos escolares, centros primarios de salud, reservas naturales se delimita una distancia de 100 metros a su alrededor y donde se prohíbe utilizar equipos manuales (denominados “mochilas”) para aplicar agroquímicos. Entre un perímetro de 100 a 300 metros se permite fumigar con mosquitos y en ambas situaciones dar aviso por escrito a la autoridad del lugar con 48 horas de anticipación.

También limita la aplicación de agroquímicos sobre áreas linderas a cursos de agua y caminos rurales sean limítrofes o internos a los campos en un radio de 100 metros. Los mosquitos no podrán circular por centros urbanos salvo por las rutas nacionales y provinciales y en caso de extrema necesidad circularán sin carga, limpios y con los picos cerrados para evitar el goteo.

Para un mayor control la ordenanza dispone la creación de un registro de aplicadores de agroquímicos para las fumigaciones



aéreas y terrestres bajo la reglamentación de la Dirección de Salud del Municipio de Mercedes. Las transgresiones a esta normativa por fumigación terrestre serán sancionadas por el Código de Faltas y procederán decomisos de productos y equipos y en caso de reiteradas infracciones se lo sancionará con la máxima cantidad de módulos de multa (90 módulos) y se lo quitará del Registro de aplicadores con aviso a la Dirección Provincial de Fiscalización Agropecuaria y alimentaria. Por último, las violaciones de las prohibiciones de las fumigaciones aéreas serán penadas con una multa de 2000 módulos y enviando una comunicación a la Dirección Provincial actuante.

Esta normativa busca brindar una protección integral a la problemática de la aplicación de agroquímicos. Se determinan los límites para fumigaciones aéreas y terrestres. Además, se exige a los aplicadores la inscripción en el registro local y poseer la receta agronómica (exigencia presente en la normativa provincial). A pesar de esto continúa resultando escasa la protección sobre fumigaciones terrestres por una limitación inferior a otras localidades.

El 23/10/17 vecinos de Mercedes alertaron a la policía rural sobre un tractor sin identificación dispuesto a fumigar. Cuando la Patrulla Rural realizó las averiguaciones constató que el aplicador no poseía la receta agronómica ni el certificado de inscripción en el Registro de Aplicadores de la Municipalidad. Además, sin el previo aviso a los vecinos lindantes con 48hs de anticipación como lo establece la ordenanza municipal. El mosquito contenía una combinación de Glifosato y otro producto químico que se encontraba prohibido para aplicarse en aquel período del año. En esta situación se percibe como el ejercicio del poder de policía municipal precisa la colaboración de los vecinos, quienes alertan estas actividades ilícitas que vulneran las ordenanzas locales.

Lamentablemente las consecuencias del agronegocio continúan haciendo estragos como sucedió el 27 de septiembre del año 2019 cuando se suscitó un voraz incendio en un depósito

de agroquímicos en la localidad de Mercedes<sup>7</sup>. Nuevamente el gobierno provincial de María Eugenia Vidal mantuvo silencio y se demoró el accionar del O.P.D.S. para contrarrestar el impacto de esta explosión de químicos sumamente dañinos para la salud humana.

### *Localidad de San Antonio de Areco*

Otra ciudad bonaerense afectada por las fumigaciones ha sido la ciudad de San Antonio de Areco que contó con un reclamo popular y tuvo una respuesta política.

Para garantizar el derecho a la salud se requiere gozar plenamente de un ambiente sano. Por lo tanto, las políticas públicas son esenciales en protección de toda la comunidad.

Por este motivo, con impulso del intendente Francisco Durañona, se modificó la ordenanza 3919/14 que regula la aplicación de agroquímicos. Bajo la ordenanza 4226/17<sup>8</sup>, atento al incremento de muertes a razón de enfermedades oncológicas y respiratorias por la contaminación de las fumigaciones en la localidad bonaerense se decidió prohibir las fumigaciones aéreas en San Antonio de Areco. Este relevamiento de casos fue realizado por médicos de la Universidad Nacional de Rosario arrojando que el cáncer es el problema de salud más resonante con un 40 % y las fuentes de contaminación se asocian al río contaminado y cerealeras.

Los residuos de los agroquímicos quedan presentes en el suelo y en el agua. Sus consecuencias toman relación con el daño ambiental cuyo nexos es una causalidad circular, es decir, que los elementos que lo integran interactúan donde la causa

---

<sup>7</sup> Nota del medio Radio Gráfica del día 20/10/2019 bajo el título "Mercedes víctima del agronegocio" (Disponible en <https://radiografica.org.ar/2019/10/20/mercedes-victima-del-agronegocio/> Último acceso 7/11/2019)

<sup>8</sup> Ordenanza 4226/17 que establece la prohibición de fumigaciones aéreas en San Antonio de Areco. (Disponible en: <http://instituciones.areco.gob.ar/hcd/index.php/2017/4379-4226-17-regulacion-aplicacion-agroquimicos-aerea>)

precede al efecto como el efecto a la causa (Falbo, 2009). Claramente las distintas causas de contaminación se retroalimentan y agravan el daño hacia la salud de los pobladores.

En el mismo año 2017 un grupo de aplicadores solicitó una medida cautelar frente a esta ordenanza y fue rechazada por el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Mercedes manteniendo la vigencia de la ordenanza 4226/17. En dicho fallo se destacó el poder reglamentario municipal en materia ambiental como un deber irrenunciable y cuya facultad es concurrente con la provincia. Un verdadero reconocimiento al poder de policía ambiental correspondiente a los municipios.

Finalmente es oportuno destacar el compromiso de la docente Ana Zabaloy, fallecida en el año 2019, quien se dedicó a crear la Red Federal de Docentes por la Vida<sup>9</sup>. Incluso cuando regresaba a su casa fue fumigada por un mosquito y aspiró accidentalmente 24-D (sustancia química de agroquímicos) causándole una parálisis facial. Como resaltaba Ana Zabaloy “los docentes rurales son testigos directos del costo humano basado en transgénicos y venenos”<sup>10</sup>.

### ***Localidad de Pergamino***

La ciudad de Pergamino ha atravesado un camino judicial destacable frente a la vulneración de la salud de sus habitantes. Ha resultado fundamental la celeridad de las autoridades

---

<sup>9</sup> Para una mayor información sobre la vida de Ana Zabaloy y las posturas de distintos referentes políticos, se recomienda la lectura del artículo realizado por los periodistas Julieta Bugacoff y Federico Muiña. (Disponible en: <https://www.elcoheteealaluna.com/catorce-miligramos-de-glifosato-ensangre/?fbclid=IwAR28QpWSb8snWw59xUkxh9SiRTjGPwgMk3hgq3S6ZuDWkVWYlMADOb32pU> Último acceso 20/12/2019)

<sup>10</sup> Testimonio de la docente Ana Zabaloy sobre las consecuencias de los agroquímicos. En la misma manifiesta la problemática sobre la sociedad, los temores para realizar denuncias, el peligro constante en la exposición para los niños, el rol del Estado como la importancia de instalar la temática en las escuelas rurales. Entrevista realizada por el medio “Huerquen” (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=54G9lceaR2E&t=1s> Último acceso 20/12/2019)

judiciales ante el reclamo social en la producción de pruebas científicas, sobre el agua, como al momento de brindar una respuesta limitando las fumigaciones y exigiendo su cumplimiento. Por esta razón es conveniente realizar un breve recorrido por la historia judicial que aconteció en la localidad.

En abril del año 2019 se detectaron la presencia de agroquímicos en el agua potable que consumían los pobladores de la ciudad de Pergamino<sup>11</sup>. En un principio constado por especialistas del INTA Balcarce, CONICET y el Dr. Damián Marino (UNLP) pero que ante un intento infundado de la autoridad del agua bonaerense sobre el rigor de esta prueba, el juez Carlos Villafuerte Ruzo (Titular del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Nicolás) solicitó al equipo toxicológico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que con nuevas muestras ratificó el trabajo de precedente y confirmó la presencia de 18 agroquímicos en el agua resultando un riesgo para la salud.

Con estos resultados, en el mes de agosto de 2019 se ordenó ampliar la medida cautelar del mes de abril de 600 metros por vía terrestre extendiéndose la prohibición a la totalidad de la ciudad de Pergamino con un límite de exclusión de 1095 metros para aplicaciones terrestres y de 3000 metros para las aéreas<sup>12</sup>. Además, se ordenó la suspensión de autorizaciones de aplicaciones futuras en la ciudad. Cabe destacar que la ordenanza

---

<sup>11</sup> Este reclamo ha sido impulsado por un colectivo conocido como “Madres de Barrios Fumigados de Pergamino”. Sabrina Ortiz decidió estudiar Derecho y al recibirse iniciar los reclamos judiciales al experimentar las consecuencias de estas fumigaciones (tuvo la pérdida de un embarazo tras ser fumigada por una avioneta y tanto sus hijos como ella se les detectó glifosato en sangre). Para mayor información entrevista a Sabrina Ortiz para Radio La Tosca (Disponible en: <https://ar.radiocut.fm/audiocut/entrevista-a-sabrina-ortiz-fundadora-madres-barrios-fumigados-pergamino/>)

<sup>12</sup> Esta resolución tuvo como precedente científico un informe del equipo de investigación de Genotoxicidad de la Universidad de Río Cuarto a cargo de la Dra. En Biología Delia Aiassa que demostró la posible consecuencia de daños genéticos para las personas que tuvieran residuos de agroquímicos en sangre. Disponible en: <https://infocielo.com/nota/109058/fallo-historico-la-justicia-federal-prohibio-las-fumigaciones-a-3-mil-metros-en-pergamino/> Último acceso 20/12/2019.

8126/14 en su art.6 dispone una exclusión para fumigaciones de 100 metros del área urbana.

En octubre del 2019, la Cámara Federal de Rosario rechazó el planteo del Municipio de Pergamino para ser querellante en esta causa. Adujo que el municipio como persona jurídica de carácter público no podría ser imputado en esta causa, pero la presunta responsabilidad de funcionarios del municipio era suficiente para desestimar el pedido.

Durante noviembre, una comitiva del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal detuvo a un propietario de un predio rural, un ingeniero agrónomo y arrendatario del campo y al aplicador de agroquímicos por orden del Juzgado Federal N° 2 de San Nicolás tras violar medidas precautorias establecidas por la justicia respecto a la prohibición para fumar. Se les imputaba la aplicación de agroquímicos a 90 metros de viviendas familiares y establecimientos educativos.

Ante esta situación, el juez Carlos Villafuerte Ruzo dispuso allanamientos en el Centro de Atención Primaria de la Salud (CAPS) de Villa Alicia y el Hospital Interzonal General de Agudos "San José". La finalidad de estas diligencias, efectuada por efectivos de la policía federal, consistió en obtener historias clínicas y constancias de familias afectadas por la contaminación del agua en los barrios Villa Alicia, Luard Kayard y La Guarida dependientes a la localidad de Pergamino. Además, se había brindado una línea telefónica para realizar denuncias frente a incumplimientos por parte de fumigadores.

Este accionar proactivo de los jueces debe ser entendido entorno a la grave vulneración de derechos colectivos que aquejan a una población. Desde ya una sentencia no podrá confrontar un modelo agroexportador que brinda soluciones inmediatas en la economía argentina pero si resultar revelador de sus consecuencias hacia la calidad de vida.

Recientemente Raúl Eugenio Zaffaroni expuso en el Vaticano<sup>13</sup> que las sentencias son un acto de gobierno porque los jueces son parte de la sociedad y no pueden ser apolíticos frente a una problemática tan visible en nuestros días. Por ende, las sentencias tienen un valor simbólico más allá de su ejecución.

## V. Conclusiones

Como expresa el art.16 de la ley provincial 10699, tendrán la potestad de ejercer el poder de policía aquellos municipios que posean la estructura necesaria. Diversos municipios por la carencia de recursos económicos y humanos se encuentran imposibilitados para realizar un fehaciente poder de policía y controlar, luego de dictar una ordenanza apropiada, la aplicación de agroquímicos.

Por ende, no solo es necesario un compromiso total de los municipios sino que se requiere una cooperación por parte del gobierno provincial, es decir, que ambos poderes se dirijan hacia la protección de la salud de los habitantes.

En este aspecto el gobierno de María Eugenia Vidal fijó una postura a favor del agronegocio y avanzó en consecuencia vulnerando derechos humanos de los bonaerenses.

El 6 de julio del 2016, fue aprobado por el Senado de la provincia de Buenos Aires el proyecto para reformar la ley agroquímicos en el cual se delimitaban las fumigaciones, pero en contraposición a los límites determinados por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (la SCBA en el fallo D.JE.F. s/ acción de amparo” y “Picorelli” había fijado una distancia de 1000 metros para fumigaciones terrestres<sup>14</sup>). En este proyecto de ley se modificaba el término de agroquímicos por fitosa-

<sup>13</sup> Exposición de Raúl Eugenio Zaffaroni, en el mes de junio de 2019, en el marco de un Congreso sobre “Derechos sociales y doctrina franciscana” en el Vaticano. (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YVeMqCnu9fY> Último acceso 17/12/2019)

<sup>14</sup> La jurisprudencia provincial ha sido abordada, anteriormente, en el trabajo al cual remito, Moreno, J. I. (2019). Agroquímicos: su impacto en la legislación y jurisprudencia bonaerense.

nitarios en un claro mensaje ideológico buscando quitarle al término una connotación negativa. Además, era un texto poco preciso donde no se establecían los distintos tipos de agroquímicos según su grado de toxicidad como si lo establece el art.7 de la ley 10699 (este artículo clasifica los agroquímicos según los de uso y venta libre, los de venta profesional y los de uso registrado). El texto era un claro retroceso para la protección de la salud porque prohibía fumigaciones terrestres a 100 metros del centro urbano y aéreas a 500 metros de la zona urbana cuando la ley 10699 limita esta actividad aérea a 2km. También determinaba, irrisoriamente, un límite de 10 metros de zonas urbanas la fumigación terrestre de plaguicidas de clases III y IV (en esta categoría ingresa el glifosato). Finalmente, este proyecto no tuvo tratamiento en la cámara de diputados provincial.

Tras este intento fallido, en enero de 2019 se promulgó la resolución ministerial 246/18 del ministro de agroindustria Leonardo Sarquis (ex gerente de la división Semillas de Monsanto Argentina durante 3 años), donde se establecían zonas de amortiguamiento para la no aplicación de agroquímicos, pero sin especificar distancias mínimas. Es decir que esta resolución era aún más aberrante que el proyecto de ley del año 2016 ya que acentuaba la vaguedad y ambigüedad del texto y permitía que se fumigara sobre escuelas rurales fuera del horario escolar. Frente al reclamo social y amparos presentados por distintos organismos la resolución fue suspendida por el plazo de un año.

Esta postura provincial fue acompañada por el gobierno nacional de Mauricio Macri cuando en abril del 2019 trató de irresponsable<sup>15</sup> un fallo de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de Paraná (Provincia de Entre Ríos) que anuló los

---

*Derechos En Acción*, 12(12), 319. <https://doi.org/10.24215/25251678e319> Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8742>

<sup>15</sup> Nota del medio Página 12 del día 4/4/2019 bajo el título "Macri defendió el uso de agrotóxicos sin control". Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/185254-macri-defendio-el-uso-de-agrotoxicos-sin-control> Último acceso 11/11/2019.

artículos 1 y 2 del decreto del gobernador Gustavo Bordet que permitían fumar a 100 metros terrestres y a 500 metros aéreos de una escuela rural. A través de esta valiosa jurisprudencia se dejó sin efecto, en aquel entonces, estas distancias y se restableció la vigencia de las distancias anteriores a este decreto de 1.000 metros para aplicaciones terrestres y 3.000 metros para aplicaciones aéreas como la prohibición de fumar con agroquímicos en horario escolar. Luego tras la derrota en las elecciones presidenciales del mes de octubre del 2019, el presidente Macri dispuso por el decreto 740/19 una quita generalizada de fondos de entidades del Estado y unos 8100 millones de pesos del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) para compensar la reducción del IVA. Otra medida vinculada con achicar el Estado y perjudicar la información y formación sobre la producción agropecuaria de uno de los organismos más federales del país.

Frente a esta postura provincial y nacional es sumamente valiosa la postura que han decidido tomar ciertos municipios como el de San Antonio de Areco y buscar garantizar el derecho a una vida digna y atender al reclamo de sus habitantes. Desde ya este ejercicio de poder de policía se obstaculiza a través de la desfinanciación nacional de organismos como el INTA vinculado a la concientización sobre prácticas agrícolas. En definitiva, quienes terminan ejerciendo el control, pero sin la estructura estatal, de estas aplicaciones de agroquímicos son los vecinos al denunciarlos a los municipios y ante la justicia.

Ha llegado la hora de los pueblos y resulta irrisorio negar la realidad. La jurisprudencia ha oído el reclamo social con fallos ejemplares como en el caso de la SCBA o el precedentemente destacado en la provincia de Entre Ríos. Esta búsqueda de justicia ha sido acompañada por informes e investigaciones de campo por distintas universidades del país y no se pueden tener puntos grises en esta problemática de salud. Frente a la colisión de intereses por gobiernos de turno resplandece la marcha de los pueblos fumigados que continuarán alzando la voz ante el



avasallamiento de los derechos humanos. En este camino hacia la justicia será imprescindible contar con un compromiso político que tenga como causa, la causa del pueblo y no intereses personales y empresariales.

## VI. Referencias Bibliográficas

- Cafferata N. (2004), "Introducción al Derecho Ambiental", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y otros, México.
- Eyhorn, *Reducing Pesticide Use*, p. 9. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/e51e/12f5491b11820f10119911ee480857464e74.pdf> Último acceso 24/10/19.
- Falbo A. (2009), Derecho Ambiental, Librería Editora Platense, La Plata.
- Gordillo A. (2013), "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Teoría general del Derecho Administrativo, tomo 8", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Moreno, J. I. (2019). Agroquímicos: su impacto en la legislación y jurisprudencia bonaerense. *Derechos En Acción*, 12(12), 319. <https://doi.org/10.24215/25251678e319> Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8742>
- Ordenanza Disponible en: [http://www.mercedes.gob.ar/docabiertos/wp-content/uploads/2015/01/6998\\_2011.pdf](http://www.mercedes.gob.ar/docabiertos/wp-content/uploads/2015/01/6998_2011.pdf) Último acceso 29/10/19
- Red de Acción en Plaguicidas, Communities in Peril: Global Report on Health Impacts of Pesticide Use in Agriculture (2010). Disponible en: [http://www.pan-germany.org/download/PAN-I\\_CBM-Global-Report\\_1006-final.pdf](http://www.pan-germany.org/download/PAN-I_CBM-Global-Report_1006-final.pdf) Último acceso 22/10/19
- Trabajo Infantil en la Agricultura por la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <https://www.ilo.org/ipecc/areas/Agriculture/lang-es/index.htm>

### *Artículos*

Nota del medio Hoy Mercedes, del día 25/10/2017, bajo el título "Patrulla Rural impidió fumigaciones en campos de Mercedes"(Disponible en: <https://www.hoymercedes.com.ar/>)

principal/2017/10/25/patrulla-rural-impidio-fumigaciones-en-campos-de-mercedes/ Último acceso 29/10/19)

Nota del medio Noticiauno del día 5/6/2018 bajo el título “Argentina lidera el ranking mundial por la cantidad de glifosato que usa el campo” (Disponible en: <http://www.noticiauno.com.ar/nota/3502-Argentina-lidera-el-ranking-mundial-por-la-cantidad-de-glifosato-que-usa-el-campo> Último acceso 25/10/2019)

Nota del medio Radio Gráfica del día 20/10/2019 bajo el título “Mercedes víctima del agronegocio (Disponible en <https://radiografica.org.ar/2019/10/20/mercedes-victima-del-agronegocio/> Último acceso 7/11/2019)

Nota del medio Página 12, del día 4/4/2019, bajo el título “Macri defendió el uso de agrotóxicos sin control”. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/185254-macri-defendio-el-uso-de-agrotoxicos-sin-control> Último acceso 11/11/2019.

Nota del medio “El Cohete a la Luna”, realizada por Julieta Bugacoff y Federico Muiña, del día 13/10/2019, bajo el título “14 miligramos de glifosato en sangre” (Disponible en: <https://www.elcohetealaluna.com/catorce-miligramos-de-glifosato-ensangre/?fbclid=IwAR28QpWSb8snWw59xUkxh9SiRTjGPwgMk3hqg3S6ZuDwkvWYlMADOb32pU> Último acceso 20/12/2019)

### ***Videoteca***

Entrevista realizada por el medio “Huerquen” a la docente rural Ana Zabaloy. (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=54G9lceaR2E&t=1s> Último acceso 20/12/2019)

Exposición de Raúl Eugenio Zaffaroni, en el mes de junio de 2019, en el marco de un Congreso sobre “Derechos sociales y doctrina franciscana” en el Vaticano. (Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YVeMqCnu9fY> Último acceso 17/12/2019)

# Los derechos sociales como derechos de segunda: Razones frecuentes y visiones críticas

*Santiago Andrés Nasif*<sup>1</sup>

Universidad de Mendoza - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e373>

## I. Introducción

En este trabajo indagaré sobre los derechos económicos, sociales y culturales –a los que aludiré como derechos sociales o DESC–, puntualmente, a partir de su reducción a derechos *programáticos*<sup>2</sup>. Al hacerlo tengo presentes dos eventos relevantes para la historia constitucional argentina: recientemente se han cumplido setenta años de la llamada reforma peronista

---

<sup>1</sup> Santiago A. Nasif R. Abogado (Universidad de Mendoza). Especialista en Abogacía del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Católica Argentina). Adscripto a la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesor de “Derecho Público” en el módulo virtual de formación en el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Lugar de trabajo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Teléfono personal: 2613904006. e-mail: [santiago\\_nasif@hotmail.com](mailto:santiago_nasif@hotmail.com). Dirección postal: Soler 449, Guaymallén, Mendoza (Código Postal: 5519).

<sup>2</sup> Estas inquietudes formaron parte de un trabajo de investigación y posterior tesis de posgrado, en la cual examiné aspectos teóricos de los DESC y, a la vez, reuní y analicé las sentencias dictadas en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (SCJM), desde el retorno de la democracia. En esa instancia concluí que, a la hora de entender y resolver sobre derechos sociales, la SCJM ha ido mutando su criterio de *self-restraint* hacia uno *procedimentalista*, mediante el cual ha promovido la deliberación democrática de tales asuntos.

(1949) y veinticinco años de la última reforma constitucional (1994)<sup>3</sup>.

Se trata de sucesos de singular relevancia, pues la primera de tales reformas incorporó una lista de derechos sociales al plexo de derechos liberales de la Constitución de 1853; y la segunda otorgó rango constitucional a instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a la vez que añadió cláusulas progresistas orientadas a la prosperidad, al desarrollo humano y a la toma de acciones positivas igualitarias dirigidas, particularmente, a grupos históricamente postergados, como las mujeres, la niñez, la ancianidad y las personas con discapacidad.

Propondré, en primer término, anotar algunas razones que suelen esgrimirse para sostener ciertas diferencias entre los derechos, que inciden hace tiempo en su justiciabilidad y efectividad. Sucede que, a partir de la reiterada aceptación de algunas categorizaciones doctrinarias de los derechos, la efectividad de los DESC ha sido resistida con base en argumentos como las limitaciones presupuestarias que impiden su puesta en práctica, la distinta naturaleza o el disímil valor de estos derechos respecto de los civiles y políticos, entre otros.

Tengo a la vista que dicha perspectiva se inscribe en un contexto de constante judicialización de políticas públicas. En ese marco, frecuentemente el Poder Judicial ha adoptado una *posición pasiva* frente a los órganos representativos, rechazando las demandas sobre derechos sociales por deferencia a las prerrogativas de diseño y gestión de las políticas sociales que aquellos ostentan (Gargarella, 2006; Pisarello, 2009).

---

<sup>3</sup> En Mendoza esto adquiere mayor relevancia: si bien los países latinoamericanos fueron los primeros en el mundo en incorporar DESC en sus constituciones, la Constitución de Mendoza se adelantó a todas las cartas latinoamericanas, incluso a la mexicana de 1917. En efecto, desde 1916 contempla disposiciones relativas a los derechos laborales, el agua, la educación, las mujeres y la niñez. Si bien hoy el alcance de estas cláusulas parece modesto, su poder fue relevante y de vanguardia. Sin embargo, pese a que en los últimos años tuvo lugar en el Derecho Público Provincial argentino y en Latinoamérica un nuevo ciclo de reformas constitucionales que, junto con la ola de democratización de fines del siglo XX, expandió los compromisos sociales y les dio un nuevo impulso, Mendoza continúa con la Carta más antigua del país y sin reformas sustanciales (Benente et al, 2018: 180).

Sin embargo, desde hace algunas décadas se han desarrollado diversas críticas a esa perspectiva. En paralelo, de un tiempo a esta parte ha comenzado a desplegarse, en el “sur global”, una creciente judicialización de las políticas públicas orientadas hacia la justicia social y la efectividad de los DESC, dando lugar así a fallos emblemáticos<sup>4</sup>. Dado, entonces, que la judicatura continúa tomando un rol protagónico en la configuración de las democracias actuales<sup>5</sup>, encuentro aun mayor interés en profundizar la investigación sobre los derechos sociales.

Por ello, en segundo término, luego de reconstruir ciertos desarrollos teóricos que rodean la narrativa reduccionista de los DESC, presentaré un contraste de tales visiones con algunas críticas formuladas en las últimas décadas, que sugieren que garantizar derechos sociales permite robustecer nuestras democracias.

En tercer y último lugar, haré algunas reflexiones provisionales.

## II. Los derechos sociales como derechos «de segunda»<sup>6</sup>

El discurso de los derechos humanos ha discurrido en diversas categorizaciones y formatos. Referirse a los derechos

---

<sup>4</sup> Entre otros, podría aludirse a los dictados por la Corte Constitucional de Sudáfrica (“República de Sudáfrica v. Grootboom”, CCT 11/00; “Ocupantes de Olivia Road 51 contra la Ciudad de Johannesburgo”, CCT 24/07), el Tribunal Superior de Nueva Delhi (“Naz Foundation c./ Gobierno de NCT de Nueva Delhi y Otros”, WP(C) N° 7455/2001), la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760 de 2008), la Corte Suprema de Justicia Argentina (“Verbitsky”, Fallos: 328:2246, 2005; “Mendoza, Beatriz”, Fallos: 329:3216, 2006; “O.C.S.Y.”, Fallos: 335:452, 2012), o la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS), “Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) c./ República Federal de Nigeria y Comisión de Educación Básica Universal”, N° ECW/CCJ/APP/0808).

<sup>5</sup> Muestra de ello es la generación de la nueva corriente académica llamada *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* (von Bogdandy et al, 2014; von Bogdandy, 2015), centrada en la pretensión de efectividad de las aspiraciones sociales incumplidas en la región, cuyo actor central es la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en diálogo con los Tribunales Superiores de los países—.

<sup>6</sup> La expresión corresponde a Andrés Rossetti. Ver: ROSSETTI, A. (2013). ¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias

civiles o a los derechos sociales incluye la operación de identificarlos atendiendo a sus destinatarios, a la vez que importa una distinción en cuanto a su objeto o contenido. En una primera aproximación, la práctica de clasificar aparece como inocua, por lo menos considerando sus fines didácticos.

Puede afirmarse que, en el plano de los derechos, la doctrina comúnmente los ha distinguido según la época en que tuvieron reconocimiento –de primera, segunda o tercera generación–; según su aplicación sea inmediata –operativos– o condicionada por el dictado de un acto estatal ulterior –programáticos–; según se consagren en cabeza de habitantes –civiles–, de la ciudadanía –políticos– o de sectores o grupos –sociales o colectivos–; según tengan reconocimiento expreso –enumerados o explícitos– o el mismo surja indubitablemente de los valores y principios considerados por el constituyente –no enumerados o implícitos–.

Me interesa aquí atender solo a las primeras dos clasificaciones mencionadas precedentemente, por cuanto han contribuido a una concepción teórica y práctica de los DESC como derechos programáticos o de inferior valor respecto de los derechos civiles y políticos: por un lado, aquella que los distingue según la época, movimiento histórico o generación en la que tuvieron origen y/o auge; por el otro, la que los diferencia según tengan aplicación inmediata o no.

## ***II.a. Dos categorías bajo análisis: su descripción***

**1. Las generaciones de los derechos.** La clasificación de carácter histórico, basada en la aparición o reconocimiento cronológico de los derechos humanos, distingue entre derechos de primera, segunda y tercera generación<sup>7</sup>. Se suele atribuir la

---

con los derechos «de primera». En ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. e ORDÓÑEZ, J. (coords.) "Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional", Tirant to blanch, Valença, 309-328.

<sup>7</sup> Algunos autores, sin embargo, han entendido la división en más de tres generaciones, como señala Rossetti (2013: 310).

primera exposición formal de la tesis a Karel Vasak, ex director de la División de Derechos Humanos y Paz de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), al introducir el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos dictada en Estrasburgo (1979), inspirado en los valores de la bandera francesa, libertad, igualdad y fraternidad –aunque sustituyendo esta última por *solidaridad*<sup>8</sup>–. En un artículo publicado en “El Correo de la Unesco”, Vasak expresó:

Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a dos categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos que el director general de la UNESCO ha calificado de ‘derechos humanos de tercera generación’. Mientras los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad (1977: 29).

Dos años más tarde, en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre, como escribiera Rabossi (1998: 43), Vasak “redondeó el planteo”:

Tratemos de abarcar el conjunto de la evolución de los derechos del hombre después de haber devenido, con la Revolución Francesa, una noción global (y no ya una serie de conceptos separados) y una noción de porte y valor universal (vid. la discusión de Emil Boutmy con

---

<sup>8</sup> González Álvarez, Roberto, “Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación”. Disponible en <https://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>.

Georg Jellinek: “Los franceses escribieron para la enseñanza de la humanidad; los norteamericanos redactaron sus Declaraciones para la ventaja y comodidad de sus ciudadanos”). Se advierte que los derechos del hombre formulados globalmente y en dimensión universal al concluir el siglo XVIII, fueron casi exclusivamente derechos civiles y políticos que buscaban asegurar la libertad, permitiendo a los hombres liberarse de las restricciones y limitaciones del antiguo régimen feudal: ellos son los derechos de libertad. Por inspiración socialista y cristiana, con la revolución mejicana y, sobre todo, la revolución rusa, aparecieron los derechos del hombre formulados, también aquí, de modo global y en dimensión universal, al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales: se trata de los derechos de la igualdad... ¿No debería haber derechos del hombre producidos por la evidente fraternidad de los hombres y por su indispensable solidaridad, derechos que los unan en un mundo finito...? Éste es el sentido de los nuevos derechos del hombre de la tercera generación (1979: 2).

Así, suelen identificarse a los derechos *de primera generación* con aquellos que primigeniamente fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos escritos, atravesados por el movimiento liberal que transitaba la llamada época del constitucionalismo clásico. Se trata de los derechos civiles y políticos, que surgieron como respuesta a los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en occidente. Tales reclamos fueron consagrados como auténticos derechos y, como tales, difundidos internacionalmente.

Por otro lado, los derechos *de segunda generación* tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo y sus condiciones, la educación y a la cultura, de un modo tal que asegure algún grado de desarrollo de las personas. Por tales notas, se los identifica en su globalidad como relativos al progreso y desarrollo humano, en todas sus aristas –aunque particularmente en materia de salarios y



jubilaciones-. Se trata de derechos cuyo reconocimiento histórico tuvo lugar en la época del constitucionalismo social de principios del siglo XIX.

Asimismo, se advierten *derechos de tercera generación*, que contemplan situaciones que afectan ya no a un número determinado de sujetos, sino a quienes se encuentran abarcados por un bien no divisible o por una determinada “frontera”. En otras palabras, estos derechos se distinguen por la magnitud compleja de las relaciones que involucran. Así, el mercado y la libertad de competencia, el consumo y/o uso de bienes y servicios, el ambiente sano, la información pública, el acceso a Internet y otros adelantos tecnológicos, entre otros, son marcos en que se desenvuelven diversas interacciones y tensiones públicas y privadas, dignas de tutela jurídica<sup>9</sup>.

**2. Operatividad y programaticidad**<sup>10</sup>. A los fines de este trabajo consideraré que los derechos han sido calificados, de un lado, como *operativos*, según obren de manera inmediata y, en caso contrario, sean también directamente exigibles al Estado. Del otro lado, como *programáticos*, según requieran de un acto emanado de los órganos legislativo y/o ejecutivo, que establezca las condiciones con arreglo a las cuales puedan ser ejercidos o exigidos. En otras palabras, los derechos contenidos en normas consideradas programáticas “no contienen auto operatividad, de modo que necesitan de otras normas para adquirir exequibilidad” (Bazán, 1997: 45).

<sup>9</sup> La descripta es, al igual que en los casos de las dos generaciones precedentes, producción teórica del tesista. No obstante, debe aclararse que autores como Pérez Luño han señalado un contenido parcialmente diverso de los derechos que esta época incluye, agregando, por ejemplo, el derecho a determinada calidad de vida o a la libertad informática (Pérez Luño, 1993: 187).

<sup>10</sup> No desconozco la sentencia “Q” de la Corte Suprema de Justicia, en la que se sostuvo que las normas sobre derecho a la vivienda examinadas en el caso tenían una *operatividad derivada*, en tanto “requiere[n] de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoqu[e]n su implementación” (CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Amparo”, Fallos 335:452, sentencia del 24/04/2012).

Así, el enfoque sobre la exigibilidad de un derecho importa atender a la formulación de la norma jurídica que lo consagra. El tipo de estructura normativa se traslada al derecho en ella formulado. ¿Qué hace que unos derechos puedan considerarse operativos –por tanto, exigibles– y otros no? La respuesta a cuándo una norma es operativa o programática podría surgir de su literalidad, de la práctica de observar su construcción gramatical –v. gr.: destinatario, tipo y tiempo de verbo empleado, etc.–. También sería posible pensar que un enunciado normativo admite variadas interpretaciones en el contenido y alcance de cada palabra –v. gr.: “toda persona tiene derecho a una vida digna”–.

De ese modo, nos encontramos frente a diversos problemas, entre ellos: cuál es la interpretación correcta de una norma que consagra derechos; qué sucede cuando no se ha dictado el acto necesario para poner el marcha el programa y, por tanto, el derecho en cuestión (tema que se ha planteado como “inconstitucionalidad por omisión”, Bidart Campos, 1998: 299)<sup>11</sup>; qué ocurre cuando, en una norma cuya aplicación se encuentra diferida en un texto constitucional, puede distinguirse si lo que manda u ordena es de cumplimiento obligatorio o facultativo.

Muchas veces la forma que asume la norma es lo suficientemente clara como para considerar su aplicación inmediata. Cuando referimos a normas que se han construido como operativas, la sola actividad de su sanción, su propia vigencia, importa también su efectividad. Así pues, la disposición “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano” (Const., 1994, art. 20) tiene, sin más, el vigor necesario para ser aplicada y, eventualmente, sus efectos serán exigidos por quien resulte comprendido en ella. Esta situación ocasional permite apreciar su justiciabilidad o judiciabilidad<sup>12</sup>. A

---

<sup>11</sup> Bidart Campos sostiene que, en principio, las normas constitucionales que declaran “derechos personales fundamentales” son operativas y deben ser aplicadas, aunque carezcan de reglamentación (1998: 299-300).

<sup>12</sup> Abramovich y Courtis entienden por *justiciabilidad* “la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” (2009: 10, énfasis original).

la vez, la construcción de la norma del ejemplo no puede implicar, sin más, que no pueda ser reglamentada por quien resulte competente, para otros fines –supongamos, un mejor orden o una pretendida eficiencia en su aplicación–. Pero, en principio, aquella norma no necesita de otra para su operatividad.

De otro lado, se ha considerado que “[...] si la norma en forma expresa no se autocalifica como programática (requiriendo el soporte de una ley reglamentaria), debe reputársela operativa” (Bazán, 1997: 49). A la inversa, entonces, podría decirse que si una norma prevé la necesidad de otro acto ulterior para su eficacia, ello indicaría su carácter programático. Y hasta que ese otro acto no tenga virtualidad jurídica, aquella no lo tendrá tampoco. Entonces podría verificarse una contradicción: según esta clasificación, las normas programáticas son normas vigentes y obligatorias, pero lo que en sustancia otorgan o conceden se encuentra condicionado por una futura expresión volitiva estatal para su puesta en práctica.

### ***II.b. El caso de los DESC: convergencia clasificatoria***

Se ha formulado una conexión empírica entre las dos clasificaciones analizadas en el apartado precedente. En efecto, los derechos *de segunda generación* han sido asimilados a aquellos caracterizados como *programáticos*. Esta vinculación involucra, desde luego, a los DESC.

Las razones (R) de la construcción de este sentido convergente entre una y otra categoría son variadas y pueden sintetizarse del siguiente modo, al menos provisoriamente:

R1) Desde su génesis institucional, las constituciones de los países latinoamericanos no previeron arreglos ni concretaron reformas sobre sus partes orgánicas, particularmente dirigidas a dar efectividad a estos derechos. Esta situación ha contribuido a que los DESC sean tratados como derechos no justiciables y no exigibles.

Aunque las cartas latinoamericanas fueron atravesadas por el constitucionalismo social, “se ha repetido hasta el hartazgo

que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables” (Abramovich y Curtis, 2009: 3-4).

Si bien los países de América Latina fueron los primeros en el mundo en incorporar derechos sociales en sus constituciones<sup>13</sup>, el problema recurrente en la mayoría de ellos –al igual que sucede en el Derecho Público Provincial argentino– es el “desajuste” entre los compromisos progresistas del siglo XXI con respecto a los DESC y el tipo de democracia constitucional heredada del siglo XIX, a través de la cual pretende darse curso a aquellos. Este desfase ha llevado a que las partes orgánicas de las constituciones, intactas por más de dos siglos, muchas veces se erijan como freno de los DESC (Gargarella, 2013).

R2) Por otro lado, se ha formulado una lectura de la separación de poderes según la cual al Poder Judicial no le incumbe decidir los asuntos concernientes a las políticas que involucran facultades de los órganos representativos, como las relativas a DESC.

Según esa lectura, muchas veces quienes ejercen la magistratura judicial se han autolimitado –*judicial self-restraint*– en el juzgamiento de estos derechos, bajo la creencia de que su reconocimiento depende, en concreto, de las políticas que implementen los órganos Legislativo y Ejecutivo. En este panorama, frente a extensas declaraciones de derechos tanto en las constituciones como en los tratados internacionales, el Poder Judicial se ha erigido como freno al avance en el reconocimiento de aquellos, asumiendo una *posición pasiva* frente a los órganos

<sup>13</sup> La Carta mexicana de 1917, pionera mundial en el desarrollo del constitucionalismo social, precedió a la Constitución de Weimar y a la creación de la Organización Internacional del Trabajo –ambas en 1919–. También se adelantó a la española de 1931. De hecho, apareció mucho antes del desarrollo del Estado de Bienestar y la economía keynesiana. Así, desde su adopción marcó la historia del constitucionalismo latinoamericano y la mayoría de los países de la región comenzaron a incluir largas listas de derechos sociales en sus documentos constitucionales: Brasil en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; Argentina y Costa Rica en 1949 (Gargarella, 2013: 250).

representativos (Gargarella, 2004: 67; 2006), en muchas ocasiones, bajo el refugio de que así se veneraba la separación de poderes y la democracia<sup>14</sup>.

R3) Por último, algunos autores han sostenido una distinción de tipo esencial o estructural entre los DESC y los derechos civiles y políticos.

Guastini (2003) ha denominado “verdaderos derechos” solo a los que satisfacen, en forma conjunta, una serie de condiciones que él describe: 1) que sean “susceptibles de tutela jurisdiccional”; 2) que puedan “ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado”; y 3) que “su contenido consist[an] en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”. Luego ha concluido que aquellos que no satisfacen alguna de esas condiciones son “derechos sobre el papel” o “ficticios” (2003: 214-215), términos similares a los que había aludido Wellman en 1997 (*paper rights*). Según Guastini, los DESC participarían de esta última calidad, en tanto han sido consagrados con una estructura y contenido indeterminados, librados a la acción legislativa, sin las correlativas garantías jurisdiccionales.

Esta posición divide a los derechos de acuerdo a las prestaciones que representan. Mientras los derechos civiles y políticos importarían *deberes estatales de abstención* o no interferencia en su ejercicio, los DESC implicarían *acciones positivas* que requieren de fondos públicos para permitir su satisfacción.

---

<sup>14</sup> Sirven de ejemplo algunos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia Argentina, a partir del retorno de la democracia (1983), para ese entonces recién renovada. Con el cometido de superar los períodos de gobernanza de facto y fortalecer la estabilidad del sistema republicano, el orden público y la paz social, en numerosos casos el Máximo Tribunal se pronunció a favor de la preeminencia de esos propósitos por sobre la efectividad de los derechos en juego, aun en situaciones de emergencia (ver entre otros CSJN, “Granada”, 1985, Fallos: 307:2284; “U.C.R. – C.F.I. Partido Federal y FREJUPO”, 1989, Fallos: 312:2192; “Peralta”, 1990, Fallos: 313:1513; “Videla Cuello”, 1990, Fallos: 313:1638; “Cocchia”, 1993, Fallos: 316:2624; “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe”, 1994, Fallos: 317:1195; “Video Club Dreams”, 1995, Fallos: 318:1154; “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional”, 1998, Fallos: 321:3236; “Verrocchi”, 1999, Fallos: 322:1726; “Guida”, 2000, Fallos: 323:1566; “Bussi”, 2001, Fallos: 324:3358; “Municipalidad de La Plata”, 2002, Fallos: 325:1249).

Podría concluirse rápidamente que el argumento que “parte las aguas” es eminentemente presupuestario.

Sin embargo, Atria (2004) ha señalado que el argumento es otro. Atria apunta que es imposible concebir a los derechos sociales en el concepto jurídico de “derechos subjetivos”; para él, “la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos” (2004: 15), por varias razones.

Atria advierte que, en la tradición liberal, los llamados derechos de primera generación fueron aquellos “concebidos originalmente como derechos del individuo en contra de la comunidad política” (2004: 16, énfasis original). Según explica, *en contra* presenta un doble sentido: primero, porque ya constituida la comunidad política, “la principal amenaza para los derechos ya no era el ataque de otros individuos [...] sino el Leviathan recién constituido”; y segundo, en tanto los individuos actores del acuerdo político constitutivo “eran en algún sentido acreedores de la comunidad política, cuya existencia era justificada por la protección a los derechos que ella aseguraba” (2004: 16-17). A tales sentidos Atria adjudica la función política de los derechos: “justificar (ex-ante o ex-post) la revolución” (2004: 17). Y por esto en el esquema liberal la prioridad normativa corresponde a los derechos.

Por otra parte, Atria marca una diferencia estructural entre los derechos civiles y los sociales. Dice que, en los primeros, “la especificación completa del contenido del aspecto activo [...] es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo”. Esto es, “[a]l determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber” (2004: 19). Y cualquiera de tales aspectos puede ser especificado atendiendo solo a la posición del individuo aislado. En contraposición, en el caso de los derechos sociales “[l]a especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación” (2004: 20).

Según su tesis, esta divergencia se explica porque, en la tradición socialista, “la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad” (2004: 18); y porque “la idea comunitaria a la que el socialismo apela [o a la que algunos socialistas apelan] no es traducible a la lengua de los derechos” (2004: 22). Profundizando su razonamiento, explica:

[s]i las demandas socialistas se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria, la respuesta liberal habría indefectiblemente de ser que en tanto objetivos agregativos esas aspiraciones comunitarias no podían competir con los derechos. Al presentarlas como derechos, el liberalismo se veía enfrentado a un dilema, porque debía optar entre (1) mantener su adhesión prioritaria a los derechos de ‘primera’ generación, declarándolos más importantes que las otras necesidades, e implicando así que lo importante era, por ejemplo, gozar de libertad ‘formal’, aunque esa libertad fuera substancialmente vacía (el rico y el pobre eran libres de dormir bajo los puentes de París) o (2) aceptar que las condiciones para el ejercicio legítimo y substancialmente significativo de las libertades fueran también cubiertas por derechos con al menos el mismo título que ellas (2004: 27).

### III. Los DESC como derechos «exigibles»<sup>15</sup>

Como expresé inicialmente, de un tiempo a esta parte han surgido voces doctrinarias críticas y deconstructivas de la visión descripta, que proponen una mirada más acorde a las pretensiones de efectividad y justiciabilidad de los DESC. A continuación desarrollaré una descripción que agrupa las críticas (C) doctrinarias singulares que considero más solventes, sin perjuicio de que esto no es definitivo.

---

<sup>15</sup> La expresión corresponde al título de la obra de Víctor Abramovich y Christian Courtis. Ver: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., (2002). “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Madrid: Trotta.

C1) Que los derechos humanos contienen una unidad conceptual, imbricada en la (unitaria) dignidad humana, y son indivisibles e interdependientes (Pinto, 1997 y 2008; Bazán, 2005 y 2017).

A contracara de la ausencia de arreglos en las partes orgánicas de las cartas latinoamericanas, desde la génesis de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se intentaron constantes refuerzos institucionales, en pos de apuntalar su carácter unitario, demandable y exigible<sup>16</sup>. A su vez, diversas reuniones surgidas desde el ámbito científico revelaron la preocupación académica en este asunto<sup>17</sup>.

C2) Que todos los derechos –no solo los civiles y políticos– tienen un costo y no solo los DESC demandan prestaciones al Estado (Holmes y Sunstein, 2011; Abramovich y Courtis, 2009).

En tal sentido, se ha refutado la posición que divide a los derechos de acuerdo a las prestaciones que representan (2009: 4). Los derechos civiles también exigen conductas positivas – como sucede con la actividad administrativa de reglamentación o de policía–, de hecho, algunos de ellos requieren solo de acción estatal –como la defensa pública y gratuita en juicio–; y, de otro lado, también hay derechos sociales que solamente requieren la abstención estatal para su efectivo goce –como el derecho de huelga– (Abramovich y Courtis, 2009: 4-6).

En palabras de Holmes y Sunstein:

Los que describen los derechos como absolutos hacen imposible plantear una importante pregunta fáctica: ¿quién decide en qué nivel financiar qué conjunto de derechos básicos para quién? ¿y exactamente quién tiene el poder de decidir esas asignaciones? Prestar atención a los costos de los derechos no sólo conlleva cuestiones

<sup>16</sup> Recordamos aquí la creación del Comité DESC en 1985 por el ECOSOC, para delegarle la supervisión interna del PIDESC (arts. 16 y 17), y del cual han emanado relevantes Observaciones Generales sobre la materia.

<sup>17</sup> De ellas surgieron los Principios de Limburgo (1986), la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), las Directrices de Maastricht (1997), los Principios de Montreal (2002), etc.



de cálculo presupuestario sino también problemas filosóficos básicos de justicia distributiva y transparencia democrática (2011: 153).

De tal modo, la protección y/o garantía de los derechos, sean de una u otra generación, sean operativos o programáticos, no obedece a un atributo intrínseco propio, sino a una decisión política.

C3) Que anteponer el “argumento presupuestario” a la justiciabilidad de los DESC importaría, por otro lado, controvertir la supremacía constitucional al considerar a la norma de presupuesto por encima de la Constitución.

Autores como Corti o Gargarella han manifestado una preocupación relativa a las implicancias que una posición deferente de la “realidad presupuestaria” tendría sobre la regla de supremacía constitucional (art. 31 CN).

Así, Corti ha planteado el siguiente interrogante: “[...] ¿es legítimo que el respeto de los derechos constitucionales básicos no sea irrestricto, al depender su efectividad de las decisiones públicas presupuestarias?”, afirmando luego: “[...] los derechos reconocidos se encuentran protegidos sí y sólo sí hay recursos suficientes para ello. Es decir: las obligaciones públicas no son irrestrictas, sino que dependen de la cantidad de recursos disponibles” (1997: 1-2). En sintonía, Gargarella ha señalado que “[...] el presupuesto debe ajustarse a la satisfacción prioritaria e incondicional de los derechos constitucionales, y no a la inversa [pues en este último caso] lo que –constitucionalmente– quedaría en problemas sería la validez misma del Presupuesto” (2007: 733-734).

C4) Que la protección jurisdiccional de los DESC hace a su reconocimiento pleno. Esta conclusión ha sido compartida por diversos autores (Abramovich y Courtis, 2002; Abramovich y Pautassi, 2009; Bazán, 2005, 2015, 2017; Bazán y Jimena Quésada, 2014; Pisarello, 2009; Rosenkrantz, 2002).

C5) Que negar a las personas el acceso a determinadas condiciones mínimas para desarrollar una vida autónoma también

socava la democracia. En tal sentido, las decisiones judiciales en materia de DESC pueden contribuir a afianzar una división deliberativa de poderes, en tanto los jueces entran en diálogo cooperativo –mediante exhortos o llamados de atención– con las restantes ramas de gobierno.

Entiendo que esta crítica supone asumir la tensión existente entre revisión judicial y sistema democrático. Al decir de Klare, “incluso en las jurisdicciones que han consagrado la justiciabilidad de los DESC, las preocupaciones sobre la acción antidemocrática por parte de los tribunales resurgen en el debate sobre el alcance y el vigor adecuados de la revisión [de tales derechos]” (Alviar García, Klare y Williams, 2015: 27, traducción propia). Según el autor mencionado, frente al ideal republicano de separación de poderes se han erigido nuevos arreglos tendientes a buscar complementariedad, coordinación o diálogo entre los poderes, roles que colisionan con la práctica tribunalicia. Se advierten cambios en tal sentido, y

numerosas jurisdicciones de todo el mundo están comprometidas con una experimentación destacable para desarrollar tecnologías flexibles y matizadas de revisión judicial que respondan a nuevas ideas sobre la autogobierno y la autodeterminación y estén diseñadas para animar la participación pública y el diálogo social (Alviar García, Klare y Williams, 2015: 31, traducción propia).

Esta posición es conteste con una concepción deliberativa de la democracia (Nino, 1997; Alegre, 2002; Gargarella, 2006, 2014 y 2016; Habermas, 2008). En términos más bien genéricos –y siendo que escapa al presente trabajo el estudio de las particularidades de esta teoría–, podría definirse esta perspectiva de la democracia como un ideal regulativo conforme al cual la legitimidad democrática de las decisiones públicas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación argumentativa, un amplio proceso de discusión colectiva en el cual el procedimiento de deliberación requiere, en principio, de la intervención de todos los sujetos que se verían potencialmente afectados por las decisiones en juego, así como del

cumplimiento de ciertos recaudos que emanan del “principio del discurso” (Gargarella, 2006: 19).

Esta perspectiva es especialmente crítica y señala falencias estructurales en el Poder Judicial, tales como la relativa al ejercicio de un control judicial de constitucionalidad fuerte, creado jurisprudencialmente, que detenta la “última palabra” en la interpretación constitucional; ciertas problemáticas en la revisión de las políticas públicas y la exigibilidad de los DESC; o la ausencia de contrapesos y controles exógenos sobre la actividad de los jueces (Gargarella, 2016). Al mismo tiempo, según algunos defensores de esta concepción, “los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática”, ello en tanto continuamente reciben peticiones y/o reclamos “de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones” (Gargarella, 2006: 21).

Así, Nino ha admitido una igual “fundamentabilidad” de los derechos sociales en relación a los civiles y políticos, porque consideraba a aquellos como derechos *a priori*. En “Ética y Derechos Humanos” (1989), sostuvo una relación de igualdad entre ambos derechos, con base en que el principio de autonomía requiere, además de omisiones estatales, de acciones positivas: “[...] los mismos principios que justifican los derechos clásicos los que sirven también de fundamento a los nuevos derechos [...]; es inconsistente reconocer unos y desconocer otros” (1989: 349, énfasis original)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> No obstante, en “La Constitución de la democracia deliberativa” (Nino, 1997), si bien se refirió expresamente a las condiciones sociales y económicas de los individuos como precondiciones para una participación democrática libre e igualitaria, luego sugirió: “[...] debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una distribución específica de bienes [...] es requerida como precondición para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada de distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones” (1997: 276). A partir de ello, G. Maurino (2015) ha reconstruido una versión alternativa y menos conocida de las tesis

Algunos discípulos de Nino han puntualizado algunas cuestiones sobre el tema. Así, Alegre (2007), en la verificación de algunas posibles objeciones a lo que llama “igualdad relacional”, ha expresado que

ni la constitucionalización de derechos socioeconómicos ni su operatividad judicial conspiran contra el valor de la democracia: por el contrario, mi llamamiento al activismo judicial se hace en nombre de la democracia, en razón de que ese activismo estaría orientado a fortalecer la capacidad de los excluidos para ejercer sus derechos ciudadanos, lo que robustecería el valor del procedimiento mayoritario (2007: 13).

Así, Alegre se ha pronunciado, en principio, a favor de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, rechazando tanto aquellas posiciones que consideran incorrecta o impropia la inclusión de DESC en una constitución (Rosenkrantz, 2002), cuanto las que sostienen que los jueces no pueden pronunciarse sobre el asunto –como se ha descrito en el punto anterior–. Sin embargo, es preciso señalar que Alegre ha formulado la siguiente distinción: en tanto sostiene un igualitarismo respetuoso de un ideal mínimo, uno que “priorice” especialmente la atención de determinadas necesidades básicas de las personas (2007: 4, énfasis original), considera que “no existe ninguna razón de principio para sostener [en ese marco] un supuesto derecho a una acumulación indefinida de riquezas” (2007: 5). En otras palabras, mientras le atribuye un mínimo a la visión del igualitarismo que sostiene, admite que no tendría un techo. Ahora bien, al considerar el alcance del poder de los órganos judiciales en contraste con los políticos en relación a la defensa de los DESC, ha manifestado que

[...] respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que

---

de Nino, en la que la revisión judicial es articulada en clave radicalmente procedimental-justificatoria. Ver “Democracia, derechos y control judicial: Versiones de Carlos Nino”.

se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos. En resumen, pues, todos los poderes del estado están obligados a respetar el piso de derechos socioeconómicos, y respecto de la realización más amplia del ideal igualitario, el papel principal lo deben cubrir, en cambio, los órganos políticos [en tanto] reflejan más adecuadamente las preferencias colectivas (2007: 18-19).

De otro lado, Rosenkrantz coincide con el deber de los tribunales de garantizar a las personas el derecho a un mínimo, “interviniendo en los márgenes de derechos legales o constitucionales ya otorgados” (2002: 10). Sin perjuicio de esa coincidencia, Rosenkrantz cuestiona el lugar de los DESC en las constituciones, con base en que los derechos distributivos o económicos no son dominio primario del derecho constitucional sino más bien tarea de la política (2002: 4-5). Particularmente, Rosenkrantz ha referido que, a pesar de que “la idea de la ‘inejecutabilidad’ de algunos derechos constitucionales ha sido adoptada por muchas tradiciones” –incluyendo a la tradición argentina– y no obstante su popularidad, la misma “es inconveniente [porque] devalúa la potencia del derecho constitucional. La existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución” (2002: 7). En esa inteligencia, el autor ha asumido la sujeción de la existencia de un derecho a la idea de su ejecutabilidad:

Si en su sociedad la existencia de un derecho no está supeditada a su ejecutabilidad puede que no haya problema con incluir muchos derechos constitucionales no ejecutables. Los derechos no-ejecutables quizá todavía puedan operar en el debate público y la conciencia colectiva. Pero esto es diferente en sociedades como la nuestra donde la normatividad del derecho está totalmente subordinada a su ejecutabilidad por medio de la coerción estatal. Si, como sucede en nuestro caso,

su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción, la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciarán el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social (2002: 7).

Por último, partiendo de las ideas de Nino (1989, 1997), Böhmer ha defendido una peculiar justificación moral de los derechos sociales (2015). Böhmer ha señalado que una de las formas que asume la práctica deliberativa de la modernidad es la lucha por los derechos (2015: 63), y que dicha forma cuenta con los jueces como órganos instituidos para su defensa (2015: 67). Sin embargo, ha agregado que esa tarea “requiere participación de los afectados y mecanismos institucionales efectivos para una deliberación seria [...] ya que esta lucha pone en cuestión los acuerdos mayoritarios decididos democráticamente” (2015: 67). En tal marco, ha advertido: “Desde hace unas pocas décadas los derechos sociales han adquirido esa virtualidad. Ellos han producido reinterpretaciones fundamentales de los contenidos del derecho, de los procedimientos jurídicos y políticos y de los roles institucionales de actores fundamentales de la democracia” (2015: 67-68).

#### **IV. Reflexiones provisorias**

A lo largo de este trabajo se exploraron algunos argumentos que corrientemente expone la doctrina científica en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales, para luego contraponerlos con las críticas más relevantes que se formulan al respecto desde hace algunas décadas. Así, se expresó que las dos categorizaciones analizadas –tanto aquella que los ha distinguido en generaciones, cuanto la que los ha definido como operativos o programáticos– han contribuido a una concepción teórica y práctica de los DESC como programáticos y de segunda generación.

Según el abordaje realizado en un segundo momento, la convergencia clasificatoria que comúnmente presentan los

derechos sociales se construyó con base en diversas razones. Tales, las atinentes a la incidencia que tuvo –y que tiene– la ingeniería constitucional; su errada consideración teórica como derechos inferiores respecto de los civiles y políticos; la particular lectura de la separación de poderes republicana, según la cual al Poder Judicial no le incumbe decidir los asuntos concernientes a los DESC; y, por último, la imposible comprensión de tales derechos en el concepto de “derecho subjetivo”.

Si a medida que se consolida la democracia “se agudizan las diferencias entre los sectores más pudientes y los más postergados” (Alegre, 2007: 1), garantizar derechos sociales puede mejorar el valor sustantivo y el valor epistémico de los procesos democráticos. Pues “no constituye una justificación válida, frente a quien no dispone de lo necesario para llevar adelante una vida digna, decirle que debe respetar una separación rígida de poderes o la negativa de los órganos democráticos a asegurar sus derechos” (Benente et al, 2018: 179).

En tiempos donde se advierte una relevante transferencia de poder hacia los jueces que, frente a la inacción de otras instituciones, ahora están llamados a resolver asuntos de trascendencia colectiva (Abramovich y Pautassi, 2009), cobra utilidad tanto examinar las razones en que se apoyan las diferencias estructurales entre los derechos, cuanto repensar las múltiples formas a través de las cuales el Poder Judicial puede actuar ante una demanda por incumplimiento de los DESC.

## V. Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. (comp.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ALEGRE, M. (2005). Pobreza, igualdad y derechos humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6 (1), 175-198.
- (2007). *Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial*. En Alegre, M. y Gargarella, R. (coord.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 156-159.

- ALTERIO, M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (2011). *La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 16.
- ATRIA, F. (2004). *¿Existen derechos sociales?*. “Discusiones (Derechos Sociales)”, No 4, 15.
- BENENTE, M. (coord.) (2018). *Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur; José C. Paz: EDUNPAZ.
- BERGALLO, P. (2005). *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 45.
- BÖHMER, M. (2015). *Autonomía y derechos sociales. Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino*. Separata “Sobre los Derechos Sociales”, Revista de Ciencias Sociales, Volumen Monográfico Extraordinario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso. Valparaíso: EDEVAL.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (1993). *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*. Serie “Para ONG”, No 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1.
- (1998). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional*. Lecciones y Ensayos, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CORTI, H. (1997). *Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución*. LA LEY 1997- F, 1033.
- GARCÍA, H. A., KLARE, K., y WILLIAMS, L. A. (eds.) (2015). *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*. London: Routledge.
- GARGARELLA, R. (2006). *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* Perfiles latinoamericanos, 13 (28), 9-32.



- (2007). *Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 2007-IV, 731-736.
  - (coord.) (2009). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
  - (2013). *Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Anacronismo e irrupción, 3 (4), 245-257.
  - (comp.) (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
  - (2016). *Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism*. En “Democratizing Constitutional Law”, editado por Thomas Bustamante y Bernardo Gonçalves Fernandes. Springer, Vol. 113.
- HABERMAS, J. (1999). *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4a ed. Madrid: Trotta.
  - (2010). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, 55 (64), 3-25.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- LANGFORD, M., RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y ROSSI, J. (eds.) (2017). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia.
- NINO, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- PINTO, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- (2004). *Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. *Revista IIDH*, No 40, 25-86.

- (2008). *Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza*. Revista IIDH, No 48, 43-62.
- PISARELLO, G. (2009). *Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista*. En VALIÑO, V. (coord.), “Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis”, Barcelona, Observatori Desc, 13.
- RABOSI, E. (1998). *Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché*. Lecciones y Ensayos, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- ROSENKRANTZ, C. F. (2002). *La pobreza, la ley y la constitución*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, 15.
- ROSSETTI, A. (2013). *¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera»*. En ESPINOZA DE LOS MONTE-ROS, J. e ORDÓÑEZ, J. (coords.) “Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional”, Tirant to blanch, Valença, 309-328.

# **El neoliberalismo y sus acciones. América Latina y sus padecimientos (Plantes Cóndor y Atlante)**

*Guillermo Vaccaroni*<sup>1</sup>

Universidad Nacional de... - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e374>

Se puede decir que el Neoliberalismo es el resurgimiento de las ideas asociadas al liberalismo clásico o primer liberalismo (1970-1980) con el significado de un liberalismo clásico reformado, y amigable, con algún nivel limitado de intervencionismo estatal.

Actualmente el término Neoliberalismo suele asociarse con políticas que implican apoyar una amplia liberalización de la economía, el libre comercio en general, grandes reducciones del gasto público y de impuestos, así como la disminución de la intervención del Estado en la sociedad y la economía en favor del sector privado, conformado principalmente por consumidores y empresarios.

Pero antes de hacer un análisis detallado y pormenorizado, debemos tener presente que, si bien la introducción del modelo neoliberal y su generalización en el mundo fue una de las victorias más espectaculares de la derecha, debido a que su diagnóstico de que la economía había dejado de crecer por excesivas reglamentaciones estatales triunfaba y abría camino

---

<sup>1</sup> CV

así hacia la propuesta reaganiana (Ronald Reagan), la definición mayor fue que el Estado no es la solución, sino el problema.

Con esta premisa, nunca un modelo se había extendido por el mundo de forma tan rápida y a espacios tan amplios. La nueva cara de la derecha había recuperado la misma idea de modernización, tirando hacia el lado de la izquierda “el retraso”, la ineficiencia, y todo lo vinculado al Estado.

Muy pronto las crisis específicamente neoliberales, en la misma década de 1990 revelaban el corto aliento que tenía el nuevo modelo. La euforia de la derecha duró un poco hasta perder entusiasmo, pero la crisis en el centro del capitalismo, que empezaba en el 2007 sin plazo fijo, cerró definitivamente el cuadro de optimismo.

Esto sumado, a que los únicos que crecían en el mundo por esos años eran los países con gobiernos NO neoliberales (china y los gobiernos mal llamados “populistas” y/o progresistas de América del Sur), han obligado a la derecha a volver a “aggiornarse” o mutar en sus proceder, como se verá más adelante.

Pero la derecha está casada con el modelo neoliberal. Implementa soluciones neoliberales a la crisis neoliberal, tirando alcohol al fuego. El único sector de la derecha que crece es la extrema derecha.

En el plano político mundial, la unipolaridad bajo la hegemonía imperial norteamericana tampoco ha logrado estabilizar las relaciones mundiales, bajo la “Paz Americana”. Las guerras se han multiplicado y no han disminuido con el fin de la guerra fría (que no es tal) y la victoria del campo occidental. Pero, al igual que el modelo neoliberal, a pesar de haberse debilitado profundamente, no enfrenta aún una alternativa (unificada al estilo Unión Europea) con capacidad de sustituirlo en escala mundial.

Con los tiempos que corren actualmente, principalmente en la América “Latina”, ¿podría una organización de izquierda ser al mismo tiempo neoliberal? Sí. Esto ocurre cuando las organizaciones de izquierda, lejos de interpelar y resistir al despojo

violento neoliberal, apoyan con su acción u omisión la hegemonía del sistema de la transferencia de las riquezas de un país hacia las empresas privadas o permiten el recrudescimiento de las medidas en contra de las clases sociales media y baja.

Esto se hace plausible cuando estas organizaciones de izquierda, en lugar de incentivar o fortalecer fuerzas sociales de resistencia anti neoliberal, se conforman con los reducidos puestos o beneficios que el Estado les concede. Es más, para agradar a ese Estado neoliberal, repelen y censuran las propuestas post neoliberales provenientes de la “izquierda social” (Verbigracia, en Guatemala ANN o Convergencia, en Argentina Frente Renovador, Argentina Federal, pre 2019).

A la derecha Neoliberal le fascinaría hacer desaparecer las regulaciones, ya que consideran al Estado (y su poder de policía) como un estorbo frente a las fuerzas libres del mercado económico y por lo tanto debe desaparecer. Además propone que se deje en manos de los particulares (empresarios) o empresas privadas el mayor número de actividades económicas posible. Propone una limitación de la injerencia estatal en la economía; la privatización de empresas públicas y la reducción del tamaño del Estado. Respecto al derecho laboral, mercantil y las regulaciones económicas generales, propone la flexibilización laboral, la eliminación de restricciones y regulaciones a la actividad económica, la apertura de fronteras para mercancías, capitales y flujos financieros (y en algunos casos los cierres de fronteras a las migraciones poblacionales).

En cuanto a las políticas macroeconómicas recomendadas por teóricos o ideólogos neoliberales (entre ellos el Banco Mundial, La organización Mundial del Comercio, y/o el Fondo Monetario Internacional, todos organismos que no dependen de las Naciones Unidas y por ello exentos del control directo de la comunidad internacional de países) tanto para países industrializados, como en desarrollo, incluyen:

- Políticas monetarias restrictivas: aumentar tasas de interés o reducir la oferta de dinero hasta lograr una inflación

cercana a cero y evitar el riesgo de devaluaciones de la moneda.

- Políticas fiscales restrictivas: aumentar los impuestos sobre el consumo y reducir el gasto público y los impuestos sobre la producción, la renta personal, los beneficios empresariales.
- Desregulación: para el comercio y para las inversiones, por considerarlas positivas para el crecimiento económico. Además, aumentar la movilidad de capitales y la flexibilización laboral.
- Privatización: se considera que los agentes privados tienden a ser más productivos y eficientes que los públicos, y que el Estado debe achicarse para ser más eficiente y permitir que el sector privado sea el encargado de la generación de riquezas.
- En definitiva se pretende mediante el beneficio individual, alcanzar el beneficio colectivo de toda la sociedad.

Según algunos autores, el neoliberalismo es un liberalismo heterodoxo, desgajado del tronco principal de la ideología burguesa del que procede. Considera al neoliberalismo propio del Estado de bienestar implantado en los países capitalistas más desarrollados después de 1945, del que sería uno de los tres pilares básicos, junto a la democracia cristiana y la socialdemocracia, con los que considera que hubo una convergencia ideológica tras 1945 en torno al Estado social. Sectores sindicales lo usan asimismo como epíteto frente a los intentos de recortar derechos laborales, conseguidos tras largos años de lucha.

Para otros autores como Boas y Gans-Morse, el término neoliberalismo es utilizado por la izquierda “peyorativamente” para criticar las políticas de liberalización del sector privado tendientes a aumentar su rol en la economía. Consideran que hoy en día el uso del término se orienta a describir las políticas económicas que eliminan los controles de precios, desregulan los mercados de capital y reducen las barreras al comercio, además de reducir la influencia del Estado en la economía,

especialmente mediante la privatización y la austeridad fiscal. Seguidamente, se verá cómo se intentan instalar esas ideas directa o indirectamente, desde diferentes formas y medios.

La realidad implícita que acarrea el neoliberalismo sería, que el comercio, las empresas y las divisas se encuentren totalmente desreguladas, para de esta forma la oferta y la demanda de bienes y servicios regulen automáticamente las economías, dejando de lado las regulaciones estatales franqueando hasta incluso las fronteras de los diferentes países. Que connotación acarrearía esto? Los dueños de las empresas y la concentración de riquezas en un grupo reducido de personas, controlaría el mundo comercial y por ende el destino de las clases medias y bajas, las cuales dependerían necesariamente de aquellos para proveerse de las necesidades básicas de cada uno de ellos. La mano de obra se reduciría por la necesaria tecnificación industrial (revolución industrial asociada a las nuevas tecnologías y automatizaciones), y al existir mayor oferta laboral, con capacidad ociosa en determinados casos, los costos laborales irán a la baja (y por ende todos los derechos conexos como por ejemplo las jubilaciones) ya que un empleado pasara a costar nada, ya que a contrario sensu de lo establecido por los derechos laborales, los trabajadores no participarían en las ganancias de las empresas, sino que sería un costo de producción menor en la ecuación.

Estas diferencias bien marcadas en las políticas y acciones de un país, en las Américas son bien notorias. Es evidente que la relación bien diferenciada entre América Latina y los Estados Unidos, es motivo continuo de atención en diferentes ámbitos. Tan es así, que en el año 2012 surge la “Misión Presidencial”. ¿Quiénes son? Luego de la I y II Conferencia del Liderazgo Latinoamericano en Asunción y Brasilia respectivamente, convocadas por el Instituto para el Desarrollo del Pensamiento de Asunción con el patrocinio de la Fundación Global de la Paz y el apoyo de la Conferencia del Liderazgo del Uruguay y la Fundación Esquipulas de Guatemala, se establecieron las bases para la formación de una organización de **ex mandatarios** de

Latinoamérica que desarrollara un activismo a favor de la implementación de **políticas guiadas** por los principios y valores de la Declaración de Asunción.

En la I y II Conferencia participaron 8 (ocho) ex presidentes, cuyo conocimiento y experiencia aseguraba un fundamento para crear lo que se pasó a llamar ahora Misión Presidencial; nombre que significa que los ex mandatarios que ya han cumplido una larga carrera política en sus respectivas naciones, pueden ahora, **por encima de intereses partidarios** dedicarse a dejar un legado que trascienda a su propio país. En este caso **la UNIDAD de América Latina y la cooperación de TODAS las Américas** (dando POR SENTADO, como se afirmara al principio, de la existencia de dos Américas bien diferenciadas y divorciadas entre sí).

En mayo de 2012 durante un seminario sobre la Libertad de Prensa realizado en Asunción, Luis Alberto Lacalle (Presidente de Uruguay, 1990-1995); Juan Carlos Wasmosy (Presidente de Paraguay, 1993-1998) y Marco Vinicio Cerezo (Presidente de Guatemala, 1986-1991) junto con representantes del Instituto para el Desarrollo del Pensamiento-Patria Soñada; la Fundación Global para la Paz; la Conferencia del Liderazgo del Uruguay y la Fundación Esquipulas de Guatemala, decidieron poner en marcha esta nueva iniciativa. La Declaración de Asunción expresa claramente el motivo de unirse, para trabajar juntos.

De esta Misión Presidencial aparecen como sus FUNDADORES: Vinicio Cerezo; Luis Alberto Lacalle de Herrera; Juan Carlos Wasmosy; y entre sus MIEMBROS: Carlos Mesa; Jaime Paz Zamora; Laura Chinchilla; Gustavo Noboa; Álvaro Colom; Nicolás Ardito Barletta Vallarino; Martín Torrijos; Hipólito Mejía; y resultan PARTICIPANTES: Eduardo Duhalde; Jorge Quiroga; Rafael Ángel Calderón; Armando Calderón Sol; Álvaro Arzú; Ricardo Lagos; Ernesto Pérez Balladares González-Revilla; Luis Ángel González Macchi; Vicente Fox; Raúl Cubas; José (Pepe) Mujica; Leonel Fernández; Ernesto Samper.



El 04 de diciembre de 2012, surge del seno de esta Misión, la “Declaración de Atlanta sobre el Futuro de las Relaciones Hemisféricas”, dato llamativo dado que históricamente y por usos y costumbres, normalmente estas actividades están encomendadas mayoritariamente a las embajadas, cancillerías, y porque no, presidentes EN funciones. Pero como menciona la propia declaración: “Nosotros, *ex mandatarios de diferentes naciones y líderes de distintos ámbitos latinoamericanos, y de los Estados Unidos de América...*” han tomado esta temática como relevante e importante, dando además y llamativamente participación a un país que no es latino y que entre los miembros y participantes de la “misión presidencial”, no figura ningún fundador, ex presidente, funcionario o ex, perteneciente a los Estados Unidos, ... paradójico.

Otro dato de color que surge de la propia declaración de Atlanta 2012, “... *expresamos nuestra convicción de que estamos ante una oportunidad histórica para que América (norte, centro y sur) inicie una nueva era en sus relaciones, dejando atrás el pasado signado por desencuentros. [...] Una nueva época, guiada por la tolerancia, el respeto y la solidaridad, que finalmente han de convertir a las Américas en ese continente prometedor que soñaron los grandes patriotas, sabios y santos americanos y por el que muchos ofrendaron sus vidas. Ni la desidia ni el egoísmo deben frustrar este destino*”.

Se desconocen los desencuentros a los que se hace referencia, porque si bien son variados los mismos no se puntualizan, mucho menos entre quienes fueron efectivos, como así tampoco si son los mismos contemporáneos o pasados o tan solo resulta una interpretación de los integrantes de la misión presidencial, pero dan por sentado que es el punto de partida sobre el cual pretendieron construir las relaciones hemisféricas a futuro. De ser así, se estarían convalidando y dando por sentadas una multiplicidad de hechos, algunos de una gravedad mayúscula, como sería el entrenamiento de militares sudamericanos en Estados Unidos, que luego participarían activamente en los diferentes

golpes de estados en las regiones de Chile, Argentina, Paraguay, etcétera, por ejemplo.

La propia declaración consta de seis puntos, breves pero significativos. En el punto **primero** se convino “... *por encima de cualquier convicción ideológica o profesión religiosa... ratificar nuestra fe en el creador, quien dotó al ser humano con valor y dignidad únicos y afirmar la necesidad de reavivar los valores y virtudes cívicas que reflejen las mejores tradiciones espirituales, democráticas y plurales de la humanidad en el continente y el mundo*”. En el **segundo** punto, “... *reafirmamos que la libertad y el orden que conceden la democracia y el sistema republicano, exigen las máximas virtudes éticas y cívicas de cada ciudadano, en particular de aquellos que tienen la responsabilidad de la administración de los asuntos públicos de cada Estado*”. El punto **tercero**, “*nuestro total y firme compromiso de oponernos a un eventual retorno, en nuestro hemisferio, a cualquier tipo de dictadura o autoritarismo... Del mismo modo, toda forma de violencia o discriminación por el solo hecho de pensar diferente o pertenecer a una determinada clase o nacionalidad*”. En el **cuarto** punto, “*América Latina y los Estados Unidos de América, deben estrechar lazos –basados en el respeto mutuo y la búsqueda del beneficio común– fortaleciendo el comercio, las inversiones, el intercambio de experiencias y tecnología a largo plazo*”. En el **quinto** punto, “*que una educación de calidad, es el requisito indispensable para el bienestar integral. Calidad que implica también la formación del carácter moral, conducente a formar ciudadanos con una mayor confianza en sí mismos, y a profesionales honestos y capaces. En suma, preparar a ciudadanos calificados de mente y cuerpo, para aportar servicio, creatividad y nuevas realizaciones para sus sociedades*”. En el **sexto** y último punto, “*afirmamos que la unidad e integración de las Américas debe basarse en el reconocimiento de las identidades y respeto de las diferencias, y que los esfuerzos deben orientarse a obtener en nuestras relaciones no nuestras particulares ventajas sino nuestras ventajas en la ventaja común, basadas en la solidaridad. Dicho todo lo anterior queda por señalar que entre*

*todos los desafíos y metas que enfrentan las Américas, no hay ninguno cercano en importancia que el de promover un gran despertar espiritual y ético, que traiga a su vez, por añadidura, un renacer social, político y económico”.*

Sin quitarle mérito a la declaración de altísimo contenido político (Atlanta 2012) de la Misión Presidencial Latinoamericana, lo más significativo de la misma surge a posteriori o durante la realización de la misma, cuando una serie de asistentes, comienzan a través de la prensa, a realizar manifestaciones sobre los entre telones acaecidos en su seno y entorno.

El primero de ellos en el tiempo, resulta ser Manuel de Jesús “Manolo” Pichardo, diputado y fue el primer presidente dominicano del Parlamento Centroamericano, PARLACEN. También es un periodista, político y escritor. Actualmente es presidente de la Conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina y el Caribe COPPPAL. A través de “Listín Diario – Umbral”, un medio digital de República Dominicana (El Plan Atlanta, 11 de marzo de 2016), en la entrevista que se le efectuó, manifestó lo siguiente: *“antes de la firma de la declaración se produjo una reunión con estos expresidentes latinoamericanos en una suite del hotel Marriot, donde se desarrollaba el evento.... Hipólito Mejía, no participó en esta “bilateral” que sirvió de escenario para revelar o diseñar, eso no lo puedo precisar, un plan que se comenzó a detallar a partir de la intervención de un expresidente suramericano (más adelante resultaría ser Luis Alberto Lacalle, ex presidente de Uruguay) que expresó en un típico lenguaje de **guerra fría**: “Como no podemos ganarles a estos comunistas por la vía electoral les comparto lo que sigue. [...] Entonces vienen los detalles resumidos en **dos pasos**; el **primero** que tenía como objetivo iniciar una campaña de descrédito contra los presidentes de orientación de izquierda o progresistas para ir minando su liderazgo. Para ello decía contar con medios de comunicación, algunos de los cuales fueron mencionados. El **segundo** consistía en transformar las maniobras mediáticas en procesos judiciales que terminaran con los mandatos presidenciales sin que para ello hubiera que*

*recurrir al voto popular que les instaló en la administración de los Estados”.*

*“[...] Al abordar lo que sería la segunda etapa del plan, también hubo mención de algunos nombres de individuos ligados a las instituciones judiciales de la región comprometidos con la conspiración que llevarían a los llamados “Golpes Suaves”, encubiertos de juicios políticos precedidos de escándalos de corrupción, o campañas dirigidas a ventilar supuestos comportamientos cuestionables de la vida íntima de los líderes progresistas; incluyendo, si fuere necesario, a familiares, amigos o allegados. [...] ¿Fueron Manuel Zelaya y Fernando Lugo tubos de ensayo para llegar al resto, a los de países con mayor peso económico de la región, hasta alcanzar a la “joya de la Corona”, que es, sin discusión, Lula Da Silva, el líder más influyente, para con su caída provocar el efecto dominó que parecen buscar? [...] No sería justo decir, que mientras los suramericanos desarrollaban su discurso conspirador, los presidentes centroamericanos parecían, igual que yo, enterarse de todo lo expuesto en aquel momento. [...] Lo que se ha visto después de aquel evento en toda la América Latina gobernada por los partidos de izquierda o progresistas, parece poner en evidencia que la conspiración está en marcha, con cierto éxito hasta ahora, porque encontró de aliado la desaceleración de la economía china y el desplome de los commodities que han tenido un gran impacto en la contracción de las economías de la región”.*

Más adelante en el tiempo, y en el mismo sentido, el vicepresidente uruguayo Raúl Sendic afirmó *“lo que calificó como una campaña en su contra es parte de un plan de la derecha latinoamericana y EE.UU. para desestabilizar a los gobiernos de izquierda y los procesos populares, y lo denominó Plan Atlanta”.*

En una publicación de Julio de 2017 en La República de Uruguay, titulada *“El Plan Atlanta, Sendic y la posverdad”*, Pichardo amplía sus manifestaciones anteriores y va un poco más allá. *“El dominicano mencionó especialmente los casos de Manuel Zelaya en Honduras o de Fernando Lugo en Paraguay,*

*destituidos a través de maniobras parlamentarias. [...] Otro ejemplo claro en la región, fue lo ocurrido con Evo Morales en Bolivia. Una semana antes del referéndum popular convocado para habilitarlo para un nuevo periodo de gobierno, una grave denuncia sacudió a la opinión pública. Por primera vez en diez años se vinculaba a Evo con un hecho de corrupción, acusándolo de tráfico de influencias, y desatando un escándalo con condimentos novelescos. Un hombre denunció que su exmujer había tenido un hijo del presidente boliviano, que posteriormente falleció. La denuncia se convirtió en la noticia del año y hasta medios internacionales se hicieron eco del supuesto affaire. El impacto informativo, destruyó la campaña de Morales, que esperaba contar con el apoyo popular para volver a ser candidato presidencial. Perdió las elecciones y se quedó sin el mecanismo constitucional que habilitara su reelección”.*

*“[...] Meses después, Gabriela Zapata, a través de su abogado Jorge Tamayo, reconoció que nunca existió el “hijo” que durante mucho tiempo aseguró que tuvo con el presidente Evo Morales en 2007. La maniobra fue exitosa. [...] Podrían mencionarse varios casos más, que al menos dejan ver la sospecha de una conspiración. [...] El procedimiento es parecido, y para definirlo se usa una palabra nueva que Donald Trump puso de moda y que la Real Academia Española acaba de incluir en su diccionario, **la posverdad**. Es decir toda información que apela a las emociones, creencias o deseos íntimos del público. Si digo algo malo de un político desprestigiado, nadie dudará. [...] Su uso se potenció con las redes sociales. Se lanza una versión con forma de verdad y a medida que crece la bola de nieve, nadie duda, ni objeta mínimamente el comentario”.*

Diferentes medios de Latinoamérica, comienzan a ponerse en contacto con Pichardo, con lo cual la noticia pasó a tomar mayor envergadura, y lo que percibió el dominicano en aquella oportunidad a medida que corría el tiempo, y se avizoraban nuevos escándalos con participaciones de altos funcionarios de cada país latinoamericano, con los medios comerciales de comunicación y el Poder Judicial, le daban otra connotación

a las manifestaciones percibidas en aquella oportunidad en Atlanta 2012. Tan es así que en oportunidad de ser entrevistado por “Sputnik Mundo” (Opinión: El Plan Atlanta está siendo ejecutado en América Latina, 06/07/2017), manifestó que: *“Lo que he visto después de lo que ocurrió en Atlanta en 2012 es que todo el plan que allí se reveló se ha puesto en ejecución y con cierto éxito”, consideró Pichardo. “Estoy en proceso de terminar un libro que llamo “La izquierda democrática en América Latina” y **ahí daré mayores detalles** de lo que se trató aquello”, agregó. “Espero que América Latina fortalezca su institucionalidad democrática y que se haga frente a los sectores conservadores en alianza con fuerzas extranjeras que nos consideran su patio trasero”, dijo Pichardo en entrevista con Sputnik y Radio Uruguay”.*

En esa misma nota, y a continuación de la transcripta, le sigue otra entrevista realizada por el mismo medio en los siguientes términos: *“[...] además, en GPS Internacional, dialogamos con el analista político Walter Formento, de la Universidad Nacional de la Plata (Argentina), acerca de la fusión de dos importantes empresas de telecomunicaciones que convertiría al conglomerado Clarín en la mayor compañía en este rubro de América Latina. [...] El gobierno anterior tuvo una aguda confrontación con el grupo Clarín que en el año 2008 fue el organizador del paro agrario que llevaron adelante los grandes conglomerados financieros agro- exportadores en Argentina. El enfrentamiento fue frontal y dio lugar a lo que vino después que fue la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”, señaló Formento. “Los sectores controlantes del grupo Clarín son la gran banca Goldman Sachs y el JP Morgan”, añadió. [...] Lo que pasa en Estados Unidos con TRUMP confrontando directamente con CNN es el mejor ejemplo de lo que ya tenemos hace muchos años en Argentina, pero también en Brasil, Chile o Perú”, opinó Formento”.* Dicho esto, y en el mismo contexto, aparece Argentina con situaciones asimilables al resto de los países antes mencionados, con situaciones de medios, y jueces contra el poder “progresista” de turno.

En Panamá, y a través de un medio digital, (“Bayanodigital”), en la nota titulada “El Plan Atlanta y los Golpes Blandos”, Pichardo sigue ampliando el horizonte de aquellas manifestaciones que percibieron sus sentidos: *“EL PLAN ATLANTA. A través de los medios de comunicación se desarrollará una campaña de descrédito contra los presidentes progresistas latinoamericanos, que devendrá en la judicialización de la manipulación mediática (la posverdad) y como resultado el “golpe blando”. EL PLAN ATLANTA sustituye, por vía de la conspiración política, la coordinación represiva de los servicios de inteligencia de las dictaduras que gobernaban países del cono sur (Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay, Bolivia), al amparo del llamado PLAN CÓNDOR. EL PLAN ATLANTA EN PLENO DESARROLLO. Los presidentes Lugo y Zelaya fueron las primeras víctimas, Brasil y Venezuela con Lula, Rousseff, Chávez y Maduro las joyas de la corona, declaró Pichardo a los medios”.*

¿De qué se trató el Plan Cóndor? Es el nombre con que se conoce al plan de coordinación de acciones y mutuo apoyo llevado a cabo entre las décadas de 1970 y 1980 entre las cúpulas de los regímenes dictatoriales del Cono Sur de América del Sur —Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia y esporádicamente, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela— con los Estados Unidos, siendo el jefe del Departamento de Estado estadounidense **Henry Kissinger** señalado como su “ideólogo”. Similar suerte y con parecidos intereses corrieron Panamá en 1968, Nicaragua en 1979, Guatemala en 1954 y 1982, Republica Dominicana en 1963 sumado de una invasión del Cuerpo de Marines de Estados Unidos que concluyeron en la ocupación de Santo Domingo en 1965, en El Salvador en 1961 y 1979 respectivamente, en Honduras en 1963, etcétera.

Estos últimos, mayormente no incluidos por autores o periodistas en el plan Cóndor, ya que su eventual ideólogo tuvo sus funciones como Secretario de Estado fue entre los años 1973 y 1977, pero es válido recordar que entre 1955 y 1973 tuvo funciones tales como Consejero de Seguridad Nacional (1969-1975), Director en el Consejo de Relaciones Exteriores

(1955-1956), y Director del Programa de estudios de Defensa en Harvard, Consultor de la Oficina de Investigación de Operaciones, en el Control de Armas y Desarme, en el Departamento de Estado y de la Corporación RAND (Research ANd Development, laboratorio de ideas estadounidense que forma a las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América), entre muchas otras funciones y actividades.

El objetivo de dicho plan era instalar en la región un plan económico neoliberal, con el desmantelamiento de los Estados como articuladores de la vida pública y el desarrollo económico, más un fuerte endeudamiento externo.

Esta coordinación implicó, oficial y directamente, el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con tortura, traslados entre países, y desaparición o asesinato de personas consideradas por dichos regímenes como “subversivas” del orden instaurado, o contrarias a su política o ideología.

Así, el Plan Cóndor se constituyó a partir de 1975 en una organización clandestina internacional para la estrategia del terrorismo de Estado que instrumentó el asesinato y desaparición de decenas de miles de opositores a las mencionadas dictaduras, la mayoría de ellos pertenecientes a movimientos de la izquierda política.

¿En que se asimilan el Plan Cóndor y el Plan Atlanta? Los países eventualmente involucrados como destinatarios de ambos planes, resultan ser a simple vista los mismos (Latino América toda). Los actores principales, la derecha liberal o neoliberal, diseminada a lo largo y ancho del continente americano, pero principalmente proveniente del país del norte de América, que no es Canadá. Las particularidades de uno y otro son sus fieles representantes, en uno por Nixon y Kissinger, y el en otro un “**esbozado**” por un ex presidente Uruguayo, pero en un marco que da lugar a dudas, esto es en una reunión de ex presidentes Latinoamericanos, reunidos en Atlanta, Georgia, Estados Unidos, y con el afán de “mejorar” las relaciones de América continente (norte, centro y sur).



Esta asimilación de conceptos, parece ser la empleada por el ex Presidente de Ecuador, Rafael Correa. En oportunidad de visitar Argentina, el ex mandatario fue entrevistado en marzo de 2018 por el periodista Víctor Hugo Morales, en su programa “La Mañana” para la radio AM750 perteneciente al Grupo Octubre. Allí Correa denunció que *“los gobiernos de derecha han puesto en marcha un nuevo Plan Cóndor contra ex presidentes latinoamericanos, que consiste en el impulso de **denuncias falsas de corrupción** contra ellos y a través de las cuales intentan deslegitimizarlos hasta **destruirles la reputación para dejarlos afuera del juego electoral**. Esta operación, cuenta con la complicidad de los medios de comunicación que defienden el lucro por sobre la información a la sociedad. Hemos cambiado del Estado de derecho al Estado de opinión, cuestionó. [...] Una buena prensa es vital para la democracia, pero una mala prensa puede ser fatal para ella”*, definió el ex mandatario *“poniendo en el blanco de sus críticas al modo en que los medios de comunicación operan en política. El conflicto esencial es que los medios son empresas privadas **con fines de lucro**. Entre eso y el interés de los ciudadanos, en ellos prima el fin de lucro. También sostuvo que es indispensable una unidad continental de los sectores de izquierda y centro izquierda para enfrentar el nuevo avance del neoliberalismo. Para esto, anunció, me he reunido con ex presidentes y dirigentes para ver si hacemos una cumbre que **cualquier demócrata va a respetar**”*.

La entrevista resultó ser más extensa de lo hasta aquí transcrito y narrado, haciendo un recorrido por lo que se hizo y como llegó la derecha a la mayoría de los gobiernos latinoamericanos. También remarcó los cambios trascendentales y su situación particular en Ecuador a la luz de la gestión del actual Presidente. En particular, *“Correa también se refirió a la situación del creador de WikiLeaks, Julián Assange, quien se encuentra asilado en la Embajada de Ecuador en Londres desde 2012, cuando la **revolución ciudadana** estaba en el poder. Creo que no se irá por mucho tiempo de allí. Pero deja que*

*Estados Unidos presione un poco más, considero para poner en duda la posición que mantiene el gobierno de Lenin Moreno”.*

Prosiguiendo con las entrevistas a Pichardo de muchos medios de distintos países latinoamericanos, en una entrevista realizada por André Barrocal para Carta Capital de Brasil, (hoy la publicación web en este medio sobre la entrevista, está borrada), afirma que “Lula” (Da Silva), es una víctima más del Plan Atlanta, y que las oligarquías de América Latina no mueven un dedo sin autorización o dirección de EE.UU.

Evidentemente consustanciado con aquello que percibieron sus sentidos en 2012 en la ciudad de Atlanta, Pichardo resume todas sus manifestaciones en una más simple, pero efectiva afirmación: “*No tengo pruebas, pero tantos casos (América Latina toda) parecen responder a un patrón similar*”, se podría agregar, **repetido**, pero con otra modalidad nueva.

Hasta aquí, Zelaya en Honduras fue destituido; el vicepresidente Glass de Ecuador fue preso; Raúl Sendic, vicepresidente de Uruguay (Frente Amplio) renunciado; Maduro es permanentemente atacado y demonizado, Correa perseguido por cargos inverosímiles; Evo Morales cargado con un hijo que no fue; la tremenda destitución de Dilma en Brasil; Lula preso y sin poder ser candidato de cara a las últimas elecciones permitiendo la victoria de Bolsonaro; y Cristina Kirchner ex Presidenta de Argentina con ocho causas judiciales, fruto de un acoso judicial de claro perfil político, sumado a la persecución estigmatizada de sus dos hijos, por las herencias recibidas de su padre Néstor Kirchner.

En Argentina, aparentemente se da otro caso con el mismo patrón que en el resto de Latinoamérica, que podrá ser confirmado si llegado el caso se procediera de la misma forma con Cristina Kirchner (2019), que en Brasil con Lula Da Silva. Esto es, teniendo ocho causas judiciales pendientes, tres indagatorias sobre una misma causa, y todo el aparato mediático, y de redes sociales en su contra, resultaría lógico si llegado al caso anunciara su postulación a algún cargo, sea impedida de ello

o hasta incluso apresada, basado en el hecho de eliminar la competencia como lo hiciera la derecha brasileña días antes de las elecciones. El motivo podría llegar a ser insignificante, pero el objetivo sería otro. ¿Porque se podría afirmar esto? Porque el actual presidente (opositor a Cristina Kirchner, en principio), asumió el cargo en el año 2015, estando procesado en más de una causa. Pocos medios indican que cuenta en su haber con 214 causal judiciales en su contra, y que asumió su cargo con acusaciones serias en su contra, pero el blindado mediático y judicial en su favor, no sería el mismo con el que cuenta la ex Presidenta Fernández de Kirchner.

Recientemente, el diario Clarín, publica una nota con fecha 25 de febrero de 2019, titulada *“Sospechas de Corrupción. Para defenderse, Cristina acusó a periodistas, jueces y fiscales, y habló de causa de las fotocopias”*. El multimedio comercial mayoritario de la Argentina, a través de las voces de su periodista estrella Lucía Salinas (periodista especializada en cobertura de noticias políticas y económicas; posee además interés y conocimiento específico en minería, hidrocarburos, economías regionales y política, y no en judiciales, según se describe a sí misma en su cuenta de “LinkedIn”) hace un resumen y transcripción muy parcial de un escrito presentado en sede judicial de la ex Presidenta, para responder a las ocho imputaciones que pesan en su contra, banalizando el escrito, ya que se hace una pseudo interpretación del mismo como plagado de *“ironías, autoelogios y generalidades judiciales”*.

Textual: *“Con un fuerte contenido político y recordando que fue citada por el juez Claudio Bonadío a declarar en ocho causas el día del cumpleaños de Néstor Kirchner, la ex Presidenta se defendió a través de un escrito, donde manifestó su malestar frente a las múltiples indagatorias a las que fue citada, a las que calificó de “una suerte de función de cine continuado”. [...] Para la ex mandataria, los ocho llamados a declarar responden a un “hecho inédito en los anales de la jurisprudencia” y consideró -una vez más-, que todo responde a una “persecución y ensañamiento al que sólo se atrevieron gobiernos totalitarios en*

*tiempos en que el Estado de Derecho se encontraba suspendido”. [...]El escrito está plagado de ironías y generalidades judiciales sobre cada acusación puntual. Y una vez más apuntó al impacto mediático de su situación judicial: “Se han armado un montón de causas para poder citarme a prestar declaración indagatoria y luego procesarme, generando noticias de alto impacto mediático”. [...]”Sin perjuicio de ello, vuelvo a ser convocada en esta causa, por tercera vez, aparentemente para que se me impute el mismo delito imaginario de siempre (ser jefa de la asociación ilícita) o bien para que se sume a la acusación alguna nueva manifestación extraída a otro arrepentido”, expresa el escrito. Se remitió en su defensa a los planteos ya formulados donde habló de una causa “armada” sin “fundamentos” y con fines “políticos”. [...]Los procesamientos en esta causa -iniciada hace cinco años y luego vinculada al caso de los cuadernos- fueron revocados por la Cámara federal porteña, y dispuso la falta de mérito de todos los imputados, “dado que la decisión de Bonadio, impulsada por Stornelli, se basaba en una pericia falsa. Sí, tal cual se lee: jueces y fiscales armando causas y metiendo gente presa con pericias falsas”, replicó Cristina”. [...]*

Aparentemente, y por la operatoria descripta en el contenido que se acaba de transcribir, se podría resumir utilizando la frase de Pichardo: “... pero tantos casos parecen responder a un patrón similar”.

Curiosamente, en el caso de Argentina, dos periodistas de renombre han escrito sus pensamientos en libros y notas periodísticas en el mismo sentido antes descripto. Tal es el caso de Hugo Alconada Mon (Libro “*La Raíz de todos los males*”, Cap. VIII, “*como el periodismo es parte del problema*”, Editorial Planeta), y Horacio Verbitsky (Nota “*La vida te da sorpresas*”, 14AGO2018, Nac&Pop.com). Pero en ambos casos, demasiada información contenida en los mismos cual si fueran relatores de una película de “*James Bond*”, hacen una reseña de situaciones, nombres propios, trascendidos al mejor estilo de espionaje de la guerra fría, que exceden el ámbito del presente, pero que dejan ver una telaraña de relaciones y acciones encaminadas

a ponderar hechos que distan mucho de la realidad cotidiana, pero que confluyen en el accionar que se viene describiendo.

Es más, estas acciones, relaciones y vínculos varios, descritos detalladamente por ambos periodistas, son una realidad corriente para el mundo entero. Los servicios de inteligencia interactúan constantemente en todo el mundo. En algunos lugares más, en otros menos. Lo vital es la información, y quien la tiene adquiere mayor poder. No importa cómo se obtenga ni de quien sea, lo importante es el beneficio que ello implica y acarrea. Y si no hay información, se puede usar algún artilugio periodístico, en redes sociales o hasta judicialmente, para lograr el objetivo deseado y tanpreciado: la opinión pública, los ciudadanos, los espectadores, en definitiva el electorado.



# INVESTIGACIONES



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*

Obra: *Sacrificio IV*

(grafito, carbón y acrílico sobre papel, 170x80 cm)

## “Pruebas”

Leo la columna editorial de Solanet. La andanada de  
“juicios injustos”.

El diario pide más “pruebas”.  
también a las madres /

Incendiaban los cuerpos en las parrillas de la ESMA, el  
humo no se desvanece en el porvenir

De qué está hecho el polvo en su permanencia irreversible  
y sola (la soledad del polvo es la soledad definitiva) el  
polvo reducido

quiere decir algo. Quiere hablar. Quiere dar testimonio.  
Estriberón.

Me canso de decir cosas que no tienen sentido.

Presentemos más “pruebas”. Dey dirá lo mismo. Pablo.  
Cada Hijo es una prueba cruda.

En la pared de un placard de la ESMA en el primer piso, un  
genocida escribió “yo no tuve nada que ver”.

Dicen que hay un relicario donde la sangre sobrevive.

Otros hablan de *totalidad*. Todorov.

Nosotros juntamos lo que podemos. (Eduardo Luis Duhalde  
me pidió que escribiera una tesis en respuesta a la crítica  
de Todorov, que en un fugaz viaje a Argentina, con un paso  
hiperfugaz por la ESMA, sostuvo, en una nota publicada  
por *La Nación*, luego replicada por *El País*, que la memoria  
que practicábamos era “incompleta”, no la recuperación de  
los Hijos no los juicios de derechos humanos. La memoria)



Eso hacían los formalistas rusos. Pusieron las manos en el fuego. Eso es el único método literario y también (aunque ellos no lo sabían) acaso la única forma de sobrevivir. El equipo argentino de antropología forense hace lo mismo, Tzvetan.

Buscando al fondo esa voz resguardada por el frío.  
*Reencontrarnos con estos huesos.*

Ellos dicen que hay que ser “realista”

Si estas paredes hablaran.

Todo arte es en el fondo no representativo.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*



# Protocolización sistémica de la actividad jurisdiccional<sup>1</sup>

*Homero M. Bibiloni<sup>2</sup> y Abelardo Servin<sup>3</sup>*  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e375>

## 1. Introducción. Un poco de historia

La tardía puesta en marcha del fuero Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires vio luz a partir de una acción judicial promovida por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, que fue la culminación de otros amparos promovidos por jueces designados en el año 1999.

Cuestión que adicionalmente democratizaba y materializaba el acceso judicial efectivo en esta temática, al acercar la justicia al ciudadano, en lugar de llevarlo a la jurisdicción ubicada en la ciudad de La Plata, sede de la SCBA, lo que importaba en la práctica denegación de justicia.

El amparo en cuestión fue presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires<sup>4</sup> y resuelto

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es parte de una línea de investigación desarrollada en el Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

<sup>2</sup> Abogado, profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Ambiental de la UNLP y la UNAJ. Integrante del CIDERCIT/UNLP.

<sup>3</sup> Abogado, ex Juez del Fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>4</sup> "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo" Causa que tramitara por ante la SCJPBA Letra B- 64.474 Las reuniones entre funcionarios municipales y algunos especialistas se sucedieron y crearon un clima adverso a la puesta en marcha.

por ésta haciendo lugar a la pretensión, lo que puso fin al incumplimiento de preceptos constitucionales emanados de la carta magna provincial de 1994.

La originaria camada de jueces inició sus funciones en diciembre de 2003 y marzo de 2004.

Todo este proceso tuvo dilaciones, no sólo por la falta de celeridad judicial en instrumentar aspectos organizacionales que hacen a su cometido esencial, sino también por algunos resquemores políticos vinculados a un posible aumento de litigios, al estar el fuero más cerca de los ciudadanos y de los Municipios<sup>5</sup>

De esta escueta fragmentación histórica de la implementación del fuero provincial ha de destacarse esencialmente la circunstancia de que quién promoviera la acción fuera el Colegio de Abogados de la Provincia, el que se arropó de la legitimación representativa de los justiciables de la provincia.

Esta acción colectiva, acompañada y solicitada por aquéllos primeros jueces, se constituyó en un estandarte de la política judicial institucional provincial y de la plena vigencia del estado de derecho.

Como consecuencia de esta actividad en la jurisdicción, habrá de destacarse necesariamente que de hecho y de derecho, no puede descartarse de la gestión judicial a ninguno de sus actores.

La circunstancia de que el Colegio de Abogados Provincial se hiciera cargo de las inquietudes de los jueces designados y de los justiciables, revalorizó la actividad de los letrados y colocó a la Colegiación en un lugar esencial para la institucionalización provincial.

No es gratuito destacar, alguna extrañeza que provocó en los primeros instantes, en aquellas autoridades, la presencia

---

<sup>5</sup> Las reuniones entre funcionarios municipales y algunos especialistas se sucedieron y crearon un clima adverso a la puesta en marcha del fuero.

de jueces designados en los despachos de sus Colegios. No obstante, en esa primera reunión, nació el germen que puso en acción la inquietud constitucional.

Se destaca esta situación, porque en la práctica, cuesta identificar a los letrados como auxiliares de justicia, como aquellos profesionales que trabajan con la justicia y no desde fuera de ésta.

Objetivamente, es cierto que los abogados del foro no están dentro de algún organigrama del Poder Judicial, pero sí están dentro de la justicia. Por lo que, los reclamamos para una mejora en la justicia, no solo para los casos particulares de su incumbencia, sino para la gestión integral, también ha de ser una de sus responsabilidades primigenias.

La integración referida ha de recaer en la gestión CONCRETA Y DIARIA, de lo contrario, solo discutiríamos sobre el sexo de los ángeles.

## 2. Problemas de la justicia

Podríamos resumir nuestra mirada crítica de la justicia en general, **todos sus fueros incluídos**, conforme experiencias recíprocas, y por cierto absolutamente opinables, las siguientes:<sup>6</sup>

### 2.1. Con relacion al sistema

- Extrema lentitud.
- Burocracia excesiva.
- Inseguridad por distintas “normas” no escritas que se aplican en el Juzgado que nos toque, bajo la sola fundamentación del paradigma “**Acá siempre se hizo así**” o admitiendo una reformulación “**es el criterio del juzgado**”

---

<sup>6</sup> Conforme Bibiloni Homero M., Servin Abelardo: “ACTUALIZACION DEL SERVICIO PUBLICO DE JUSTICIA PARA SUS ACTORES RESPETANDO SU SENTIDO ARTESANAL”. Revista de la cultura jurídica de Italia y la Argentina IUSTITIA N° 1 18-04-2018 IJ-XDII-767

- No se “resuelven” las causas. Se “dilatan” las causas, se “incrementan” las causas, se “complican” las causas, pero, no se **resuelven** las causas en la medida de su necesidad para el justiciable, destinatario final del servicio público de justicia.
- Media un colapso del equilibrio de todo sistema: Acumulación creciente de la cantidad de causas que ingresan vs. Salida mediatizada por la cantidad de sentencias que se dictan.

## 2.2. *Con relacion a los jueces*

- Falta de liderazgo en la organización propia del juzgado y para el manejo de las causas.
- Ausencia en las audiencias.
- Alta delegación y consecuente ajenidad.
- El juez asume, si efectivamente lo hace, la causa al momento de dictar la sentencia.
- Los jueces están encerrados en sus despachos y no transitan por el juzgado y mucho menos por las Mesas de Entradas.

## 2.3. *Con relación a las sentencias*

- Como consecuencia de lo antedicho cuesta “armarlas” como una síntesis razonada de lo acontecido en el proceso, y con la precisa cita de las partes del expediente.
- Carecen de un método de causalización.
- Abundancia de generalidades no precisadas en las fojas de la causa que sorprende a las partes.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Cuando se leen las sentencias a veces parece que se dará la razón pero luego de una coma se dice no obstante& y el resultado de tal discurso varía hacia lo opuesto, se produce una real magia pero jurídica.

#### **2.4. Con relación a los letrados:**

- Poca precisión en el formato de presentación, y alto nivel también de generalidades (V. gr. la “clara arbitrariedad de la contraria” que no se explica ni se funda).
- Manifestaciones jurídicas no causalizadas.
- Ausencia de sistematicidad en el relato de la demanda, se “va y viene” conceptualmente dentro de la misma
- Los hechos no tienen un estricto correlato probatorio.
- Problemas que se suscitan a los colegas por ausencia de conducción del proceso por parte del juzgado o la variabilidad según el interlocutor.

#### **2.5. Con relación a funcionarios y empleados judiciales.**

- Conflictos internos por ausencia de liderazgo.
- Conflictos con abogados, partes, terceros y peritos por la manera “personalizada” y “diferencial” como forma “natural” de resolver casos singulares.
- Falta de valoración concreta de la actividad de cada miembro del juzgado y la importancia de su tarea como parte dentro del todo.

En este marco de un orden que no es eficaz ni eficiente, el cual a veces funciona en una suerte de piloto automático, se plasma el “vale todo”, lo que permite providencias tales como: **“téngase presente”** o lo que es peor y a los efectos de no resolver la cuestión “in límine”, simplemente se opta por dar un traslado **“en mérito a la presentación de fs. ... traslado a la contraria por ... días”**, el que muchas veces concluye resolviéndose con otra providencia del tipo: **“Se resolverá oportunamente”** sin indicación alguna de cuál es dicha “oportunidad”, la que a veces ni siquiera ocurre, por perderse en el tiempo y en las fojas de la causa, o el aquilatado formalismo: **“Ocurra por**

***la vía que corresponda***” sin la mínima referencia a cuál es la dicha vía<sup>8</sup>.

Los traslados previos a “resolver”, cuestiones impertinentes, solo engrosan la cantidad de fojas del expediente judicial y dilatan indebidamente el proceso, postergando el análisis y la resolución de la cuestión en una procrastinación que se constituye en rutina.

Lo que agrava esta actividad es la excusa que se pontifica, vinculada a la garantía del principio de bilateralidad y defensa, cuando su resultado es, la violación a los principios de celeridad y, también, al proclamado de la defensa al aceptar lo inadmisibile.

Parafraseando a Galileo Galilei en su “Eppur si muove” se puede concluir que el expediente a pesar del movimiento, sin embargo no se mueve. Se entra así en una dimensión demasiado conocida y repetida en nuestra gestión judicial, la del espejismo, en donde se aparenta un avance que Kafka bien define.<sup>9</sup>

### **3. De lo micro a lo macro: paralelismo o integración**

Así entonces, si pensamos en el formato mayor que es la justicia, vemos que dentro de ella están los códigos, los procesos, la dinámica de las partes, los contenidos, las secuencias temporales, lógicas; y si tales cuestiones las podemos llevar a mecanismos formales y básicos de actuación que funcionen pensados con criterios de eficacia y eficiencia en torno al proceso como un todo sintetizador, el sistema debería tender acumulativamente a una mejora en beneficio del conjunto.

Las Bases de Datos que sistematizan el seguimiento de las causas judiciales no tienen la finalidad de organizar los procesos

---

<sup>8</sup> Se supone que los jueces deberían ilustrar al respecto pero es más fácil derivar al espacio infinito.

<sup>9</sup> Sillman Drake “Galileo at Work His Scientific Biography” Dover Phoenix Editions. Mineola, New York 1976 p. 357; Kafka Franks “El Proceso” 1a ed Buenos Aires: Colihue 2005



de gestión de la actividad judicial, dado que se limitan a destacar los distintos pasos, las resoluciones y las presentaciones judiciales pero sin un análisis valorativo de dichas etapas. Lo mismo sucedía con el seguimiento manual.

Ambos modelos son un reflejo del simple “movimiento” de las causas. Lo consignamos así, expresamente en esta oportunidad, a los efectos de reflejar una situación por la cual se interpreta usualmente que las mencionadas bases de datos constituyen en sí un sistema de gestión judicial, cuando siendo más rigurosos, lo que hacen es solo reflejar datos de las causas que se “mueven”, tal lo antes indicado.

Lo propio sucede en un esquema fabril automatizada en donde no se puede confundir una base de datos donde se registran los procesos con un modelo productivo<sup>10</sup>.

Entonces, a pesar del avance tecnológico, descuidamos los procesos judiciales dentro de la gestión judicial como conjunto, con la peregrina idea de que ella se reduce tan sólo a una “base de datos”. Se deja así huérfana a la justicia del gerenciamiento o administración (en términos públicos) de las causas dentro de dicha propia organización.

La libramos a su suerte, sin siquiera considerar la imperiosa necesidad de su tratamiento más profundamente.

El panorama que así se presenta, está reflejado en las palabras del Profesor Agustín Gordillo que repite en sus conferencias, charlas o fuera de los momentos expositivos en las jornadas<sup>11</sup> que lo importante es que los jueces resuelvan sobre los temas que la ley les encomienda, y, agrega, lapidariamente, con una importante dosis de sentido común y practicidad: *“sea de la forma que sea, mal o bien, pero que las causas se resuelvan...”*

---

<sup>10</sup> Tomaremos la imagen de la industria automatizada como referencia ejemplificativa adecuada.

<sup>11</sup> V. gr. Conferencia Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires 2015.

## 4. El ejemplo de la CSJN

La propia Corte al dictar la acordada 4/07<sup>12</sup> generó un formato y ordenamiento básico de utilidad para sí misma, en relación a los recursos extraordinario y de queja que le presentan las partes. Sólo se contaba con medidas de ordenamiento de las presentaciones procesales en la causa “Mendoza”<sup>13</sup> a las que remitimos. Intentamos ampliar y razonar sobre esta perspectiva introduciendo el término “protocolos” para todos los actores del procesos, es decir también incluir a los peritos, demás protagonistas de la prueba y los mismos jueces.<sup>14</sup>

## 5. Pinceladas sobre algunas realidades organizacionales

Veamos estas características:

a) Principio de Unidad.- Anotamos que para la actividad jurisdiccional en la Provincia de Buenos Aires y en la gran mayoría de los organismos federales una de las características que se observa es la falta de UNIDAD en la conducción concreta de las causas. Decimos “concreta” puesto que en las formas, la unidad debe estar necesariamente en el Juez, conductor y líder procesal por imperio de la ley.<sup>15</sup>

Consecuentemente pueden darse en juzgados de un mismo fuero, a una puerta de distancia o aún dentro del mismo juzgado con más de una Secretaría, criterios disímiles para iguales

<sup>12</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/125000-129999/126562/norma.htm>

<sup>13</sup> <http://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>

<sup>14</sup> Eduardo Alfredo Borzi y Homero. M. Bibiloni, “Un punto de inflexión para el discurso jurídico: la acordada 4-2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, La Ley, 2008-A-577.

<sup>15</sup> Arts. 160, 18, 20 inc. 1 y 2 .24. 98.177, 178 ss. Y cc. De la Constitución Provincial; Arts. 3, 5, 6, 14, 34, 36, 37 ss y cc del Cód. Procesal de la Provincia de Buenos Aires; Arts. 5 inc. 2, ;7 inc. 1 y 3; 10 inc. 2; 19 inc. 2; 22 inc. 2; 24 inc. 1; 26 inc. 3; 30 inc.1, 2, 31 ss y cc del Código Procesal Contencioso Administrativo Provincia de Buenos Aires.

situaciones, con igual norma aplicable<sup>16</sup> sobre la base del paradigma cultural y organizacional inconvencional de cada juzgado ya aludido que dice “**aquí siempre lo hacemos así**”, lo cual deviene en prácticas no cuestionadas aunque se las advierta disfuncionales total o parcialmente.

Paradigmas que se expresan entre otras formas, con conductas tales como:

- Asignar las causas a distintos miembros del organismo y una vez que son asignadas llevarlas una misma persona hasta su finalización.
- Establecer controles, si los hay, engorrosamente verticales, en tanto un mismo funcionario es quien debe controlar toda la actividad procesal previa a la firma del juez. Es el que “habilita” la firma. Firma que muchas veces es automática, sin lectura previa, habida cuenta del citado “control previo”.
- Gestionar en compartimentos estancos, más allá de las normas procesales o exacerbándolas, con la excusa del volumen de causas.<sup>17</sup>
- Crear desde la génesis de nuestro sistema procesal, un mecanismo de “asignación de causas” que encubre una delegación, obviamente, no permitida por el legislador. El juez no puede delegar sus atribuciones en sus dependientes, en teoría. La práctica indica lo contrario.

---

<sup>16</sup> V.gr mecanismo de hacer los oficios, con frente de oficios a diligenciar por las partes, forma de conducir las audiencias, de pedir préstamo de expedientes, de los horarios para el desarrollo de las audiencias, diferentes criterios para la forma de exigir el pago de tasa de justicia, su contribución, aportes colegiales, distintos criterios para proveer las pruebas testimoniales. Distintas formas de interpretar la pertinencia de la absolución de posiciones de los funcionarios públicos en la medida que comprometan o no a la administración, etc.

<sup>17</sup> V. gr. los que evitan tomar las audiencias, lo hacen empleados de rango menor “audiencistas” contrariando el art. 41 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el espíritu de los artículos 34, 35 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

b) Inseguridad.- Se crea una inseguridad técnica y jurídica por un modelo de delegación y falta de toda sistemática integral

En el sistema “AUGUSTA”<sup>18</sup>, por caso, que gestiona la base de datos de las causas, hay un campo reservado a quien “**lleva el expediente**” o en su espejo, la pregunta análoga de los letrados “*...quiero hablar con el que despachó este proveído...*”

En ambas situaciones, ha quedado institucionalizada la existencia de distintos empleados o funcionarios que conducen la causa, en contradicción con las funciones del responsable del organismo que es quien, en realidad, debe llevarlas.

En un imaginario benchmarking<sup>19</sup> y, traspolando la actividad así llevada a cabo en la Justicia al ámbito de la fabricación de vehículos antes mencionado, nos encontraríamos con que cada operario lleva adelante la “fabricación de sus propios autos”.

El resultado es predecible, tantos autos diferentes como “delegados” haya, lo cual es impensable en la unicidad de una automotriz donde todos son hechos de manera semejante al tener un patrón único de fabricación (en un juzgado serían los códigos aplicables).

Como la causalidad es propia del derecho, y los sistemas son secuencias concatenadas de acciones que deberán ser idénticas, encontramos a diferencia del ejemplo de la industria automotriz, que en lo judicial existe comparativamente, demoras inauditas, por las distintas formas de fabricar el mismo vehículo, e inexistencia de responsables formales concretos, lo cual es impensable en una línea de producción. Es decir que en lugar de un orden predecible obtenemos una alta dosis de incertidumbre caótica.

Como todo paradigma que se precie de tal, si nos preguntamos ¿en qué normas se fundamenta semejante actividad disfuncional? La respuesta es: EN NINGUNA.

<sup>18</sup> Sistema determinado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires para la gestión de base de datos de las causas

<sup>19</sup> Copiar procesos ajenos para mejorar los propios.

Por el contrario, se las vulneran todas, sin siquiera adquirir conciencia de ello, por la consolidación de la práctica ritual ancestral del organismo que protege, entonces, a quien la utiliza de cualquier cuestionamiento que venga intra o extra sistema.

c) Oráculo.- Es necesario puntualizar que en la citada recurrente práctica se encuentra oculta otra norma no escrita que oficia de oráculo judicial: **“Las complejidades de las causas impiden conducir las sistémicamente”** que se complementa con otra **“La uniformidad en las resoluciones atenta contra la elaboración de criterios específicos”** Dejando de lado así, ostensiblemente las normas procesales. So pretexto de las particularidades que existen en cada causa se vulneran los principios constitucionales y legislativos específicos.

Lo que se observa es que el tal “oráculo” es solo una excusa para la discrecionalidad. La sistematización la minimiza.

Queda así, como verdad revelada, que el juez no puede llevar un volumen determinado de causas y por esa razón, las causas son llevadas por los funcionarios y empleados del organismo. Lo que equivale a decir, que las causas **NO SON LLEVADAS POR LOS JUECES**. A confesión de parte...

En modo alguno puede considerarse que el examen previo por un determinado funcionario pueda suplir el necesario control del responsable del organismo. Dicha intervención previa no solo no sufre el control del responsable, sino que en la práctica convierte al juez en un convidado de piedra. Un convidado ajeno al desarrollo del proceso.

d) Uniformidad.- La uniformidad, lejos de banalizar la actividad jurisdiccional la revaloriza porque la coloca en el marco normativo.

La sistematización de la actividad jurisdiccional se constituye en el único camino para actuar la legislación y la constitución.

Un juez, puede, por caso, conducir personalmente trescientos casos. En una realidad en que ese número puede ser llevado a más de treinta mil causas, la sistematización se impone.

Sistematización o caos es la disyuntiva. Todos los operadores judiciales saben en qué lugar de la disyuntiva se encuentra la justicia ahora.

## **6. La protocolización como herramienta instrumental clave para un cambio de paradigma**

Ante este desorden operativo y organizacional, que con matices se repite a lo largo y ancho de nuestra judicatura, con excepciones por cierto, veamos esta idea que tratamos de transmitir en este artículo.

### ***6.1. Los protocolos en la vida comunitaria***

Los protocolos EN GENERAL son mecanismos que se utilizan en emergencias y en la vida de relación a efectos de tener certezas necesarias para avanzar en los procesos: PROTOCOLOS DE INCENDIOS, DE EMERGENCIAS, EN LOS AVIONES, EN LOS QUIROFANOS, ETC.

Pero repasemos el protocolo aéreo:

- Quien ha viajado dos veces en una misma aerolínea advierte que aunque el avión sea distinto, y el personal de a bordo también, el texto que reza la azafata y la demostración de la seguridad preventiva tanto a nivel auditivo como gestual, es igual. No varía ni es adaptado por cada tripulación.
- Quien haya visto en una película o viajado en avioneta, la partida de un avión permite advertir que hay una secuencia previamente establecida de lo que debe hacerse, cómo, cuándo y de qué manera. No hay creatividad ni improvisación alguna. Es una rutina predeterminada porque se la ha elegido como la mejor entre opciones posibles.
- Ni hablar si durante el vuelo hay cualquier contingencia, también hay un manual de procedimientos: en suma OTRO PROTOCOLO. V. gr. si el aeropuerto de arribo está inoperable, qué se hace y cómo para desviar a otro alternativo.

## ***6.2. Concepto de protocolos para la justicia***

Hechas estas introducciones podríamos definir que un PROTOCOLO supone básicamente una unidad unívoca digital donde se consignan los DATOS RELEVANTES de la PRESENTACIÓN o de la RESOLUCIÓN. Datos que se constituirán, así, dentro de la PROTOCOLIZACIÓN SISTÉMICA PROCESAL, en el enlace vincular natural inter protocolos.

Protocolos diseñados y pensados en función de las directrices procesales, la bilateralidad procesal, y la articulación entre las partes, los peritos y el juez, en la actividad que se da durante el tiempo del proceso y sobre la base de la ingeniería procesal diseñada por los códigos que permiten operar las normas de fondo para cada fuero. Concluyendo, es una red vinculante entre las distintas etapas los actores y sus acciones dentro del proceso que se trate.

Mediante esta propuesta se tiende a homogeneizar la actividad procesal:

- Inicialmente, en cómo formular las pretensiones.
- Ante la pretensión de una parte, la respuesta de la otra para que la espeje o rebata, conforme una lógica previa pero relacionada a la pretensión inicial.
- Ante la misma petición, mismo formato y misma respuesta.
- Impide volver hacia atrás por que las etapas se consuman objetiva y documentadamente.
- Esta conducta prediseñada da precisión.
- Al haber precisión, se le otorga certeza a todos los actores.
- Genera un efecto de acumulación por decantación de lo que será finalmente útil para cerrar el proceso, con la técnica del embudo o con la imagen de una pirámide invertida.

### ***6.3. Carácter vincular y secuencial. Los organizadores de los protocolos***

Estas herramientas hilvanan la actividad jurisdiccional de letrados y peritos, revalorizando los preceptos procesales y DANDOLES ANCLAJES OPERATIVOS A TRAVES DE TODO EL PROCESO, pero que por extensión también regulan la tarea judicial.

No son imperativos, sino indicativos<sup>20</sup> y no cercenan la creatividad jurídica y la aptitud hermenéutica sino que simplemente la ordenan para que cuando ella surja – si lo hace - luzca debidamente.

### ***6.4. Valor de los protocolos***

- Favorecen la previsibilidad
- Disminuyen, por lo tanto, la discrecionalidad a expresiones deseablemente mínimas
- Impiden la arbitrariedad.
- Ponen en valor las normas procesales
- Materializan las normas éticas evitando conductas abusivas, dilatorias, etc.
- Ordenan las vinculaciones procesales
- Descartan los ruidos sistémicos que corroen con el atraso y la confusión estos procesos, sea por imprecisión, o por mala fe.
- Facilitan la fundamentación de providencias y presentaciones
- Permiten descartar escritos y resoluciones inoficiosas.

---

<sup>20</sup> En una primera etapa se los piensa como cargables en una página de los juzgados, como sugerencia del mismo para el mejor desarrollo de los procesos, sumando información a páginas que algunos juzgados poseen en nuestra Provincia. Ver punto 10 de este artículo



## 6.5. Los protocolos, la digitalización y la oportunidad

Los PROTOCOLOS realimentan y estructuran las bases de datos<sup>21</sup> de la gestión de causas físicas o digitalizadas, a fin de que esas bases no sean solo enumeración y volcado automático y ordenado de presentaciones, resoluciones y pases sino que se constituyan en un sistema integral de organización de la gestión judicial.<sup>22</sup>

Es así que debemos aprovechar la oportunidad que nos da la digitalización de las causas judiciales, porque si no se les asigna un criterio estratégico e inteligente seguirán los atrasos y los conflictos a los que nos tienen acostumbrado los procesos judiciales.

Los mismos inconvenientes que tenemos en la justicia con causas en soporte físico, los tendremos en soporte digital de no tomar una solución integradora.

---

<sup>21</sup> Debe considerarse la base de datos de las causas digitalizadas, con sus correspondientes pasos, peticiones y resoluciones, ordenando los registros que secuencialmente se van agregando, los denominados "input", pero lo cierto es que no distinguen, ni analizan ni desagregan sus contenidos, con lo cual en sí mismas son insuficientes.

Tenemos, entonces, que las presentaciones y resoluciones se ordenan secuencialmente, exclusivamente según parámetros temporales.

Por caso esquemáticamente: DEMANDA, TRASLADO, CONTESTACION, APERTURA A PRUEBA, PRUEBA, ALEGATOS, SENTENCIA, APELACIÓN, AGRAVIOS, CONTESTACION Y ELEVACION, EJECUCION FINAL DE LA SENTENCIA. En donde se registran y reproducen presentaciones de las partes y resoluciones judiciales.

<sup>22</sup> Se pretende que la misma resulte un sistema de gestión judicial completa que para ser tal, habrá de agregar y relacionar los registros internos de esas presentaciones y resoluciones de tal forma de constituir una base de datos relacional e integral que contemple no sólo las vinculaciones registrales y sistémicas de cada una de las presentaciones internamente sino también su relación con las demás.

Se aprovechan así los datos previamente cargados para sus usos posteriores, se eliminan las repeticiones innecesarias, se evitan errores de copiado o de transcripciones, se gana tiempo, se evitan los "agujeros negros" de la práctica jurisdiccional, las normas procesales son así eficientes.

## **6.6. Los sistemas de calidad**

Cabe señalar también que habrá que tomar con precaución la incorporación de las certificaciones ISO a la gestión judicial, en tanto en éstas se contemplan los procesos y no su diseño o finalidad. La cuestión teleológica está ausente en las normas ISO u otros sistemas de calidad.

## **7. Nuestra propuesta**

### **7.1. Conceptualización**

Así es que se proponen los PROTOCOLOS como instrumentos que reúnen, entre los valores antes indicados dos características esenciales:

- La primera, vinculada al buen orden de la presentación o la resolución: partes, pruebas, pretensiones, fundamentación, peticiones, donde claramente figuren las partes, la pretensión, las distintas pruebas desarrolladas en distintos acápite, las peticiones procesales: demanda, contestación, prueba, peticiones varias, alegatos, pedido de sentencia, apelación y agravios en primera instancia, como así también en la sentencia y en su ejecución.
- La segunda característica, se refiere a la vinculación de las distintas presentaciones y cada uno de los elementos de éstas, con la de las partes y a su vez entre dichas partes.

La falta de ordenación precisa de la actividad jurisdiccional, impide generar cualquier sistema, y si ello sucede, la justicia se constituye en un esqueleto, en un marco, desprovisto de todo contenido.

El proceso judicial se parecerá, de tal guisa, a un río tormentoso formado por violentas precipitaciones, que corre desordenadamente, arrastrando cuantos elementos materiales encuentre en su camino hasta detener su marcha, dejando los acúmulos orgánicos e inorgánicos en un lecho desordenado

que dará cuenta de la tormenta y del que poco se podrá extraer que pueda beneficiar a los justiciables.

El esquema puesto a consideración se asimila a las vías de un tren, lineales, ordenadas, con un trayecto previsible que facilite la llegada a la terminal (sentencia), en un tiempo razonable.

## ***7.2. La tutela judicial efectiva***

El mandato constitucional bonaerense del artículo 15<sup>23</sup>, encontrará así, un camino práctico y concreto para viabilizarse. El proceso será previsible. El rigor en el tratamiento de los datos de la causa dará lugar al mejoramiento sustantivo de los mecanismos para su plena vigencia y serán fácilmente percibidos por los operadores del servicio público de justicia repercutiendo en el entramado de la población, minimizando las preocupaciones, hacia una verdadera pacificación social.

## **8. El contencioso provincial**

Si analizamos el proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires contenido en la ley 12.008, la aplicación supletoria del art. 77 mediante, del CPCC y sus modificaciones podemos extraer esquemáticamente cuatro etapas secuenciales:

1.- **Inicial:** Demanda (art. 27 CCA); Traslado (art.32 CCA); contestación (art. 37 CCA); Excepciones (arts. 34, 35 y 36 CCA); Traslado (art.34 inc. 3 CCA); Contestación (art.34 Inc. 3 CCA); Resolución de las Excepciones (art.36 CCA).<sup>24</sup>

Cuestiones de Competencia (arts. 5, 6, 7 y 8 CCA); Intervención de Terceros (art. 11 CCA, arts. 90 y ss CPCC); Admisibilidad

<sup>23</sup> ..."Artículo 15.- La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

<sup>24</sup> CCA: Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. (ley 12008 y modificatorias)

(art. 14 y 31 CCA); Pago Previo (art. 19 CCA); Medidas Cautelares (art. 22, 23, 24, 25 y 26 CCA); Presentación de Nuevos Documentos y Remisión de Expedientes Administrativos (art. 30 CCA); ampliación o transformación de la demanda (art. 32 CCA); Reconvención (art. 39 CCA); Agregación de Nuevos Documentos (art. 40 CCA).

2. Intermedia: Prueba (art. 41 CCA, arts. 358 y ss CPCC); Pertinencia (art. 41 CCA); Producción (art. 41 CCA); Hechos Nuevos (art. 42 CCA); Medidas para Mejor Proveer (art. 46 CCA).

3. Final: Alegatos (art. 48 CCA); y Sentencia (arts. 49 y ss CCA); Recursos (art. 52 y ss CCA) y los Otros Modos de Terminar el proceso: Desistimiento, Allanamiento, Transacción, Conciliación, Caducidad de Instancia (arts. 61 y 62 CCA; arts. 304 a 318 CPCC).

4. Posterior: Ejecución de la sentencia (art. 63 CCA).

Estas etapas están limitadas y separadas procesalmente por el principio de preclusión.

De tal forma que una vez atravesada la barrera que las separa, no se puede volver a la anterior.

La idea de protocolización de la actividad jurisdiccional se afina en la necesidad de relacionar:

- a) Las distintas partes de cada presentación;
- b) Las presentaciones entre sí;
- c) Las presentaciones con las resoluciones
- d) Las etapas procesales

Para así, armonizar todas las variables procesales sin que se generen conflictos entre ellas, quedando así, cada etapa comprendida en la posterior a modo de MAMUSHKAS.<sup>25</sup>

Así, los datos, que por ejemplo, se vuelcan en la demanda con relación al módulo “PRUEBA” (testigos, informativa, reconocimiento judicial, confesional) habrán de tener una

---

<sup>25</sup> Muñecas rusas que encastran unas con otras de menor a mayor

correspondencia con los principios procesales de pertinencia y procedencia. De tal forma que, desde el inicio del proceso estén claramente demarcados:

- El sumario de la acción deducida como resumen general.
- las pretensiones debidamente caracterizadas.
- los hechos debidamente desagregados e identificables,
- Cada prueba relacionada a cada hecho
- El derecho relacionado a los hechos.
- La petición relacionada con los hechos y con el derecho.

La producción de la prueba en los procesos ordinarios, al no filtrarse la impertinente, se eterniza innecesariamente. Lo que ocasiona ruidos sistémicos que se traducen en un atraso patológico y en un desorden generalizado.

Un atraso por todo el tiempo que lleva producir una prueba innecesaria que no será tenida en cuenta al sentenciar y un desorden porque, para producir esta prueba, se distraen personal y recursos, incorporándose a la causa fojas inútiles y enorme dispendio “energético” del sistema.

## 9. Ejemplos de protocolos

Deberían existir los siguientes básicamente:

- Escritos de los letrados
- Providencias Judiciales
- Relaciones testimoniales con datos fácticos.
- Idem de los elementos documentales.
- Idem de los Informes Periciales
- Idem de la prueba de Informes
- Idem de las inspecciones Oculares
- Oficios
- Cédulas
- Sentencia

- Etc.

Los protocolos condensarán y organizarán la actividad, en tanto que cada uno de ellos, estará sistematizado internamente y vinculado a su vez con los restantes.

En la última parte de este trabajo se agrega un diagrama de la actividad protocolar y ejemplos esquemáticos de protocolos propiamente dichos (Anexos 1<sup>26</sup>, 2<sup>27</sup>)

Podrán observar los actores de los procesos judiciales (Funcionarios y empleados del Poder Judicial y Letrados) la simplicidad que trasuntan los protocolos y el cursograma. Esta práctica servirá, como facilitadora del real acceso debido a la justicia, tal la manda del Art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, operada de manera puntual y concreta.

## 10. Instalación de protocolos

Varios juzgados a nivel provincial y nacional han habilitado páginas web, por medio de las cuales se comunican con los usuarios, brindando informes y desarrollando esquemas de oficios y escritos varios, para facilitar la tarea de letrados.

Se destacan en este trabajo las páginas correspondientes a los juzgados N° 8 de Quilmes a cargo de la Doctora Claudia Celerier (<http://juzciv8quilmes.com.ar>) y al Juzgado N° 2 de Familia del mismo Departamento Judicial a cargo del Doctor Pablo Ferrari (<http://juzgadofamilia2ql.com.ar>) con quienes llevamos a cabo un taller conjunto en el Colegio de Abogados de Quilmes recientemente.<sup>28</sup>

El concepto, entonces, de protocolización de la actividad jurisdiccional está vinculado a esas experiencias que van

---

<sup>26</sup> En este anexo: Un diagrama de la protocolización de la prueba correspondiente a las Etapas INICIAL, INTERMEDIA Y FINAL

<sup>27</sup> En este anexo: Un ejemplo de SUB PROTOCOLO DE PRUEBA dentro de un PROTOCOLO DE DEMANDA.

<sup>28</sup> "Nuevas Herramientas para Mejorar el Servicio de Justicia" Colegio de Abogados de Quilmes 15 y 22 de Mayo de 2018

surgiendo en algunos organismos. Simplemente se agrega la sistematización de los protocolos, relacionándolos de la forma descripta anteriormente.

## **11. Conduccion y resultados**

### ***11.1. El liderazgo***

Al frente de la protocolización debe estar el responsable del organismo, es decir el Juez y no el “funcionario delegado”.

No cabrían así, excusas relacionadas a la cantidad de causas que se deben llevar en un organismo a cargo del mismo juez, puesto que no se analizarían uno a uno los miles de expedientes sino solamente su sistematización protocolar, su proyección, los procesos de manera macro, y los datos riquísimos que surgirán de los filtros aplicables a los protocolos. Es decir con una técnica pertinente, reducir la complejidad.

### ***11.2. Ordenamiento sistémico***

Dentro de los procesos contencioso administrativos, los civiles, comerciales y los laborales y aún los penales, cada uno con sus matices, se reconocen distintas etapas troncales (Las incidencias, a los efectos de la protocolización serán consideradas como etapas con relativa autonomía) 1.-Demanda y Contestación; Traba de la Litis; 2.-Prueba; 3.-Sentencia; 4.-Ejecución de la Sentencia para situaciones imprevistas existirán “protocolos base” multiuso.

Dentro de las particularidades de esta propuesta se remarca el acento que se le asigna a la PRUEBA en el marco del Contencioso<sup>29</sup>, lo que va desde la protocolización de la apertura a prueba (art. 41 CCA)<sup>30</sup>, a las distintas particularidades que se puedan originar en lo que hace a la pertinencia y al desarrollo

<sup>29</sup> Ver los anexos.

<sup>30</sup> CCA Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

de un HECHO NUEVO, como al resto de las acreditaciones ofrecidas.

También a la CERTIFICACION DE LA PRUEBA, que así se constituirá en una decantación natural de las anteriores, facilitándose la claridad del desarrollo probatorio.

La secuencialidad se puede visualizar como una escalera completa y armónica. Los escalones que la integran tienen la altura idónea y amigable para que nadie “tropiece” en su tránsito.

Es decir, que los protocolos, finalmente, son funcionales al modelo de integración y acumulación. No poseen contradicciones, es decir, no le faltan “escalones”.

Su ventaja reside en la posibilidad de comprender unos en otros, los que así vinculados, ordenan el proceso impidiendo la dispersión sin vedar las ricas alternativas creativas de contenido que puede tener la variabilidad procesal. Al ordenarse cada uno se integra y queda comprendida en la otra etapa o fase.

## 12. Conclusiones

La protocolización sistémica de la actividad jurisdiccional facilitará la tarea, trazando un hilo conductor sin necesidad de incorporar controles aislados inorgánicamente, tales como los que se solían ver en las solapas de expedientes judiciales en manuscrito con distintas letras, o en extraños subrayados en birome no incluidos por las partes, de ciertas partes de las presentaciones, o textos en lápiz (quizás estos con la pretensión de ser borrados luego, aunque muchas veces finalmente quedaban) .

Esta es la oportunidad que se nos brinda a los agentes y actores procesales, ante la digitalización de los expedientes judiciales, para que no haya solapa donde colocar “su” guía de trámite o “sus” observaciones.

Eliminadas esas conductas asistémicas gracias a la desaparición del expediente físico habremos de implementar un modelo



en donde se incorporen esas inquietudes dentro mismo de la organización digital.

La protocolización auxiliará a quien consulte un expediente judicial, sea físico (hasta su desaparición total) o digital para un rápido control de presentaciones y resoluciones judiciales.

La ventaja de la protocolización, es que en sí misma, no implica ninguna reforma procesal, por el contrario, la protocolización es un facilitador del cumplimiento de normas procesales que han sido descuidadas por desuetudo.

Por lo demás nuestra propuesta:

- Es versátil puesto que, naturalmente habrá de acomodarse a futuras reformas procesales.
- Permite preparar los antecedentes y mejorar la estructura de la formulación de la sentencia.
- Incorpora a los escritos y resoluciones judiciales una guía conceptual que se anidará a las precedentes y a las por venir, a modo del “Kanban” (Sistema de tarjetas recreadas por el Toyotismo).<sup>31</sup>

Esta integración surge como un proceso natural y moderno de gestión por el que se rediseña la nueva organización, incorporando conceptos de la Reingeniería. (Michael Hammer y James Champy (1993- 1995)<sup>32</sup>

El desafío, entonces, está enraizado en la incorporación definitiva de conceptos holísticos mediante los cuales se habrán de amalgamar las nuevas tecnologías digitales con los nuevos sistemas de gestión judicial y el cambio de cultura para jueces y abogados.

---

<sup>31</sup> Shingó, Shigeo (1989) A Study of The Toyota Production System from an Industrial Engineering Viewpoint. Productivity Press. P. 228)

<sup>32</sup> Ospina Duque, Rodrigo, LA REINGENIERÍA DE PROCESOS: UNA HERRAMIENTA GERENCIAL PARA LA INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA CALIDAD EN LAS ORGANIZACIONES. Cuadernos Latinoamericanos de Administración [en línea] 2006, II (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2018] Disponible en:

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=409634344006>> ISSN 1900-5016 p. 96

En suma, la propuesta supone utilizar las técnicas de uso corriente en la sociedad moderna, ayudados por la informática, para actualizar y mejorar sin necesidad de modificaciones legislativas, los procesos judiciales.

Ciertamente es indicativa para las partes, para el juez, y puede ser utilizada por uno o muchos jueces, pero a poco que todos vean la simplificación que supone, entendemos que su uso irá en aumento, sin contar que dicho prediseño, permite múltiples usos posteriores por filtros diversos para obtener información crítica, sacar estadísticas y tomar decisiones con bases cuali-cuantitativas fundadas. En fin, llevar de la mano a los usuarios por un camino SIMPLE, y al AUTO CONTROL de la actividad procesal judicial en la cual están inmersos.

Por último, la Constitución, las leyes y la jurisprudencia por más que las recitemos y copiemos de memoria, de no tomar un camino que las concrete en la práctica, se pulverizarán cuando bajen de ese cielo de los conceptos puros a la tierra de los justiciables.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Ihering Rodolfo fue quien acuñó la frase “El Cielo de los Conceptos Puros” y el drama que implica una praxis terrenal que nada tiene que ver con aquéllos conceptos: (“Jurisprudencia en Broma y en Serio” Traducción de Román Riaza. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1983)

# Las designaciones judiciales en la presidencia de Mauricio Macri

*Candela Villalibre*<sup>1</sup> y *José Ignacio López*<sup>2</sup>  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e376>

## I. Introducción

En Argentina, durante el Gobierno de Mauricio MACRI, el Poder Judicial ocupó un espacio central en la agenda mediática. En ese contexto, un análisis de las designaciones de cargos de la magistratura realizadas durante su mandato, permite observar cómo queda diseñado el mapa judicial de cara a la gestión entrante de Alberto FERNÁNDEZ.

A modo introductorio cabe recordar que, a pesar de que luego el ex presidente diera marcha atrás, los nombramientos por decreto y “en comisión” de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, Carlos ROSENKRANTZ y Horacio ROSATTI, constituyeron uno de los aspectos más resonantes.

Asimismo, el traslado estratégico de magistrados de un juzgado a otro motivó a que el Consejo de la Magistratura, al cierre

---

<sup>1</sup> Abogada (UNLP). Periodista (TEA). Docente en la Diplomatura en Comunicación Judicial (UNLZ). Integra el equipo del portal jurídico “Palabras del Derecho” ([www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)).

<sup>2</sup> Abogado (UNLP). Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Director del portal jurídico “Palabras del Derecho” ([www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)).

de éste período, sancionara un reglamento más riguroso para la aprobación de los pases de tribunal<sup>3</sup>.

Por otra parte, aún persisten en la mayor parte del país desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a la composición de los diferentes organismos y rangos<sup>4</sup>.

Este breve trabajo de investigación se propone el análisis cuantitativo de las designaciones realizadas durante los últimos cuatro años en el Poder Judicial, en el Ministerio Público de la Defensa y en el Ministerio Público Fiscal. Los datos estadísticos obtenidos –producto de una muestra de cuatro años<sup>5</sup>– reflejan cómo quedó compuesto el escenario judicial al cierre de un período ejecutivo constitucional.

## II. Los nombramientos en números

De un total de 287 nombramientos que se realizaron durante la presidencia de Mauricio MACRI, 223 fueron en el Poder Judicial, mientras que hubo 35 en el Ministerio Público de la Defensa y 29 en el Ministerio Público Fiscal.

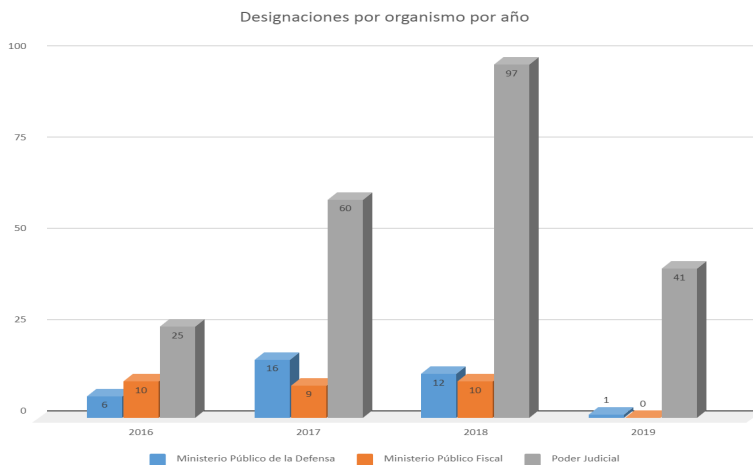
El 2018 fue el año en el que más designaciones se hicieron en el poder encargado de administrar Justicia: hubo 97.

---

<sup>3</sup> Se trata de la Resolución 270/2019 de Consejo de la Magistratura, publicada en el Boletín Oficial el 9 de octubre de 2019, que modificó el Reglamento de Traslado de Magistrados. La nueva norma, iniciativa del Consejero por los Jueces Alberto LUGONES, establece un criterio más riguroso para disponer los traslados, en especial, en cuanto a las mayorías políticas exigidas para autorizarlo.

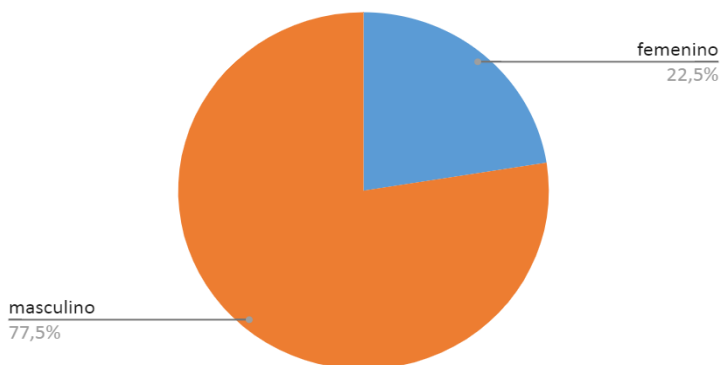
<sup>4</sup> Véase el trabajo de GASTIAZORO, María Eugenia, “Género y trabajo: mujeres en el poder judicial”, publicado por Centro de Estudios Avanzados de la UNC, 2013. Disponible en línea.

<sup>5</sup> Este trabajo contó con la elaboración propia de la muestra de los nombramientos judiciales a través del seguimiento permanente al Boletín Oficial de la República Argentina.



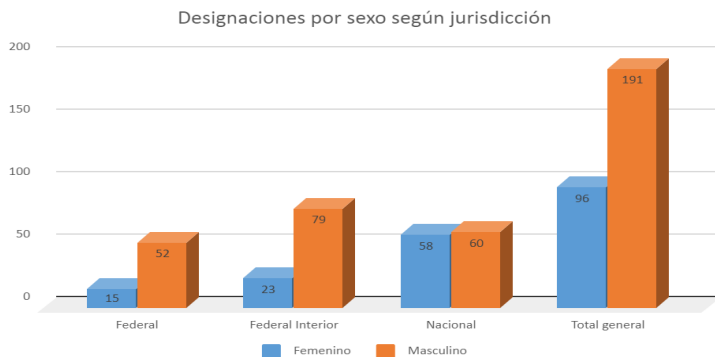
Por otra parte, la brecha de género se acentúa más en el ámbito federal donde el 78 % de las personas designadas fueron hombres y el 22 % mujeres.

### Designaciones en el ámbito federal

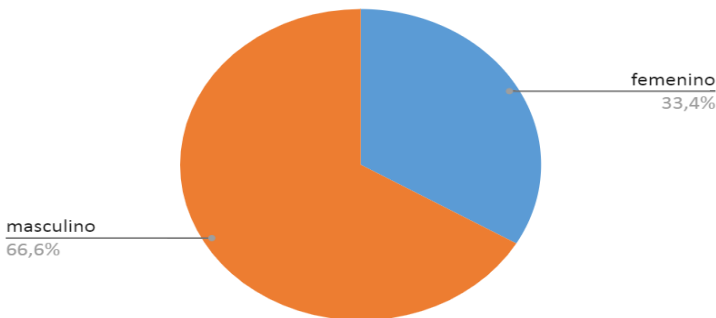


En cambio, el escenario en la Jurisdicción Nacional fue más equitativo: 51 % hombres y 49 % mujeres. En conclusión, del total de las designaciones realizadas y en base al criterio binario que reflejan los datos publicados en el Boletín Oficial, el 67 %

de los nombramientos fueron para hombres, mientras que solo el 33 % fue para la representación femenina.



Designaciones por sexo en el ámbito federal, federal interior y Nacional



### III. ¿Cómo se distribuyeron las designaciones en todo el país?

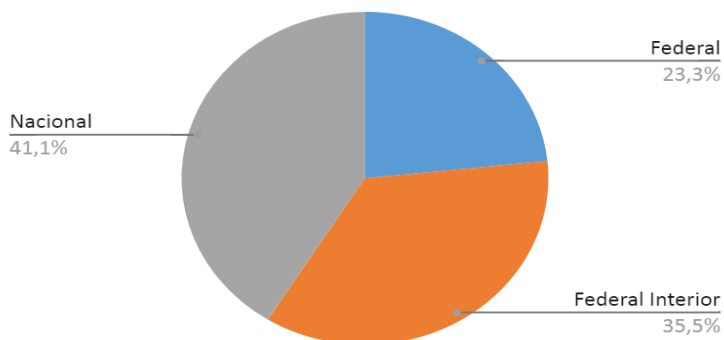
En cuanto al territorio, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires concentró el 61 % de las designaciones –fenómeno que se explica por el volumen de la Justicia Nacional y la concentración en esa ciudad de diversos fueros federales especializados-, seguida por la provincia bonaerense con el 10 %. En el tercer lugar se ubica Santa Fe con el 5 %, luego continúa Córdoba con el 3 %.

Formosa, La Rioja y Santa Cruz solo contaron con 1 nombramiento cada una.

<b>Provincias</b>	<b>Cantidad de nombramientos</b>
Corrientes	3
Chaco	5
Entre Ríos	4
Misiones	2
Buenos Aires	29
Santiago Del Estero	3
San Luis	2
San Juan	3
Salta	5
Mendoza	10
La Rioja	1
La Pampa	2
Jujuy	2
Catamarca	2
Santa Cruz	1
Río Negro	2
Chubut	4
CABA	176
Córdoba	9
Formosa	1
Santa Fe	13
Neuquén	3
Tucumán	0
Tierra Del Fuego, Antártida E Islas D el Atlántico Sur	3

Por otra parte, el 41 % de los nombramientos fueron para la Justicia Nacional, mientras que el 36 % fueron para la jurisdicción federal del interior y el 23 % restante en la federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### Designaciones según jurisdicción.



#### IV. ¿Cómo se distribuyen los rangos en las designaciones?

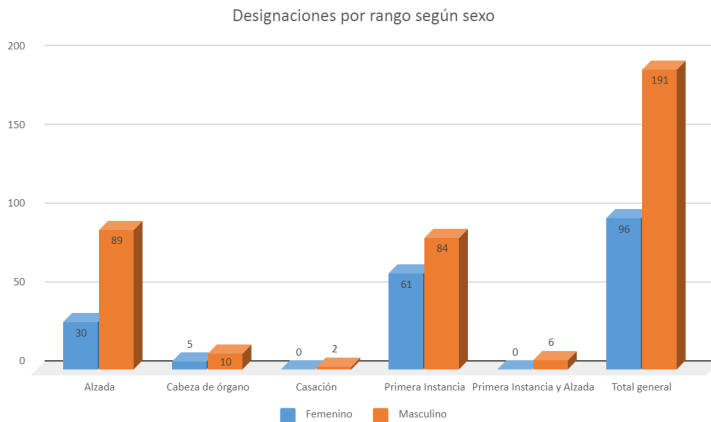
Al analizar los rangos de las designaciones se observa una notoria desigualdad de género en la distribución de los cargos de poder. De los 287 nombramientos, 145 tuvieron lugar en la Primera Instancia: de ese total el 58 % está compuesto por hombres y el 42 % por mujeres.

La diferencia es aún más acentuada en los organismos de Alzada: de un total de 119 designaciones el 75 % fueron para hombres y el 25 % para mujeres.

En cuanto a las designaciones de cargos jerárquicos en el Ministerio Público Fiscal y en el Ministerio Público de la Defensa: la distribución es de 10 y 5, respectivamente.

En la Cámara Federal de Casación Penal los dos nombramientos realizados también fueron para hombres.





## V. Traslados

Otro tema central en materia judicial -durante el periodo estudiado- fue el traslado de magistrados, es decir, derivar a un juez de un tribunal a otro diverso al que fue designado originariamente. Dicha maniobra, no exenta de objeciones constitucionales<sup>6</sup>, cuenta con un reglamento del Consejo de la Magistratura N° 155/2000<sup>7</sup> que, en 2019, fue modificado para establecer un criterio (un tanto) más riguroso.

En este rubro, los datos fueron:

- De un total de 15 traslados 3 tuvieron lugar en el 2016, 3 en el 2017 y 9 en el 2018;
- Los 15 traslados son de hombres;
- EL 73 % de los traslados se concentraron en la Ciudad Autónoma de Buenos aires;

<sup>6</sup> Algunos aspectos, también aplicables a los traslados, los desarrollamos en LÓPEZ, José Ignacio, "La transformación de jueces. Una maniobra al margen del procedimiento constitucional de designación de magistrados". Artículo de doctrina publicado en el Diario Constitucional y Derechos Humanos N° 183/184 de Derecho Para Innovar, el 9 y 16 de abril de 2018, disponible en línea.

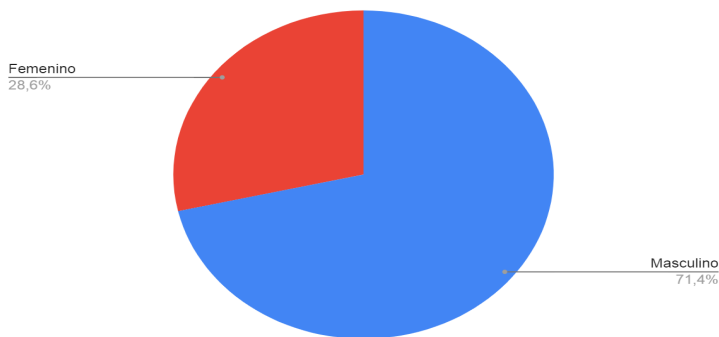
<sup>7</sup> Véase al respecto lo dicho en la nota 1 de este trabajo.

- El 67 % tuvo lugar en la Justicia Federal.

## VI. Los nombramientos en el Ministerio Público de la Defensa

Durante los últimos cuatro años hubo 35 designaciones en el Ministerio Público de la Defensa. La mayor cantidad de nombramientos se produjeron durante el 2017. El 71 % corresponde a personas de sexo masculino y el 29 % al sexo femenino.

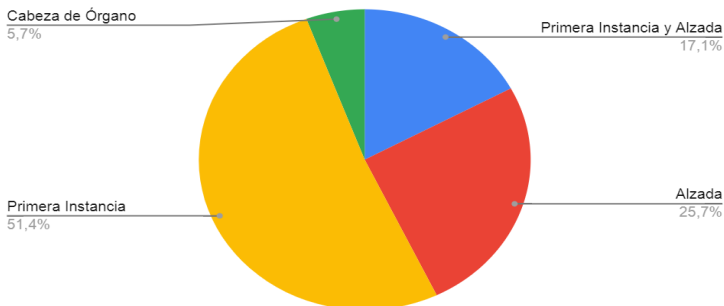
Designaciones Ministerio Público de la Defensa



El 51 % de los nombramientos se concentraron en la primera instancia, el 27 % fueron para actuar ante organismos de Alzada y el 17 % para actuar tanto en primera instancia como en segunda en forma simultánea (caso de defensores oficiales).

Por otra parte, el 63 % de las designaciones fueron en la jurisdicción federal del interior, el 11 % en el ámbito federal de la CABA y el 12 % en la Justicia Nacional.

### Designaciones según rango

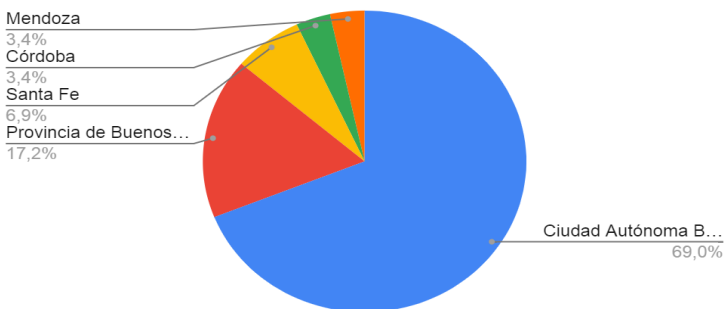


## VII. Designaciones en el Ministerio Público Fiscal

En el caso del Ministerio Público Fiscal hubo 29 designaciones durante el gobierno de Mauricio Macri. El 69 % de estas se concentraron en el ámbito territorial la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la jurisdicción federal se concentró el 51 % de las designaciones, mientras que el 31 % se asignó al ámbito federal del interior y el 14 % a la Justicia Nacional.

Designaciones en cargos del Ministerio Público Fiscal en el país

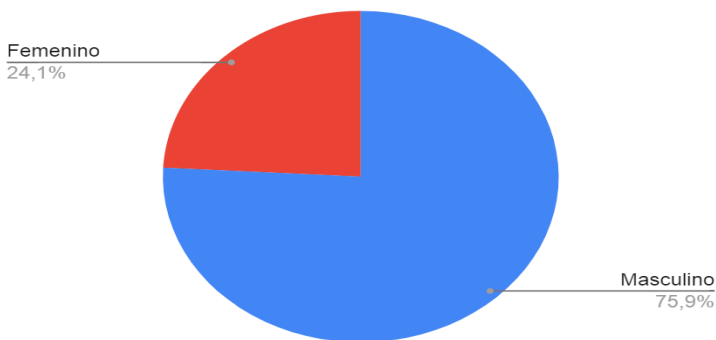


Asimismo, el 38 % de los nombramientos fue para cargos en los organismos de Alzada y otro 38 % fue en cargos del seno

de la Procuración General de la Nación. El 24 % restante se asignó a la primera instancia.

Por otra parte, el 76 % de los nombramientos fueron para hombres y el 24 % para mujeres.

Designaciones en el Ministerio Público Fiscal



## VIII. Conclusión general

La designación de magistrados constituye una atribución que la Constitución Nacional le asigna al Poder Ejecutivo, previa terna del Consejo de la Magistratura para el caso de jueces inferiores a la Corte Suprema, resultante de un concurso público ante dicho órgano<sup>8</sup>.

La importancia de la cobertura de vacantes del sistema de Justicia es un factor central de la institucionalidad de nuestro país<sup>9</sup>, por eso, resulta determinante atender a este proceso.

<sup>8</sup> Se trata del mecanismo previsto en el artículo 99 inciso 4 y 114 de la Constitución Nacional.

<sup>9</sup> En ese sentido, resulta de gran interés el detallado trabajo de Juan Rafael STINCO, "Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados", publicado en Revista Derecho en Acción (UNLP), Número 12, 2019, el trabajo de Federico G. THEA, "La elección de 'jueces constitucionales'", publicado en Revista Pensar en Derecho (UBA), Número 4, 2014 y el informe del Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial de la UNPAZ, "Elección de jueces y juezas. Demoras y (falta de)

En tal sentido, en esta nota hemos puesto la mirada cuantitativa sobre los nombramientos efectuados durante la presidencia de MACRI (2015-2019) con criterios de clasificación en órgano, género, grado, geográficos, entre otros aspectos, a los fines de servir en la difusión de la información pública sobre este punto.

### **Anexo Documental de las designaciones de magistrados desde el 10 de diciembre de 2015 hasta el 10 de diciembre de 2019**

<b>Nombre</b>	<b>Organismo</b>	<b>Cargo</b>	<b>Decreto</b>
María Delfina DENOGENS	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA	Decreto 285/2016
María Cecilia GILARDI MADARIAGA	Poder Judicial	JUEZA del JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 8 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 791/2016
Abel FLEMING FIGUEROA	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SALTA	Decreto 793/2016
Analía Julieta VIGANO	Poder Judicial	JUEZA del JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 31 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 794/2016
Guillermo Gustavo LLERAL	Poder Judicial	JUEZ del JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE RAWSON	Decreto 788/2016

---

criterios en las democracias actuales”, Número 3, 2019, disponible en línea, por destacar algunas producciones sobre este tema.

Javier Matías ARZUBI CALVO	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ante el JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE VENADO TUERTO	Decreto 789/2016
Santiago OTTAVIANO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS NACIONALES EN LO CORRECCIONAL Y ANTE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORIA N° 2	Decreto 790/2016
Fernando María KLAPPENBACH	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ante los TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 14	Decreto 792/2016
Pablo Nicolás TURANO	Ministerio Público Fiscal	FISCAL de la PROCURACION GENERAL DE LA NACION	Decreto 795/2016
María Luisa PIQUE	Ministerio Público Fiscal	FISCAL de la PROCURACION GENERAL DE LA NACION	Decreto 796/2016
Horacio Daniel ROSATTI	Poder Judicial	JUEZ de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION	Decreto 803/2016
Carlos Fernando ROSENKRANTZ	Poder Judicial	JUEZ de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION	Decreto 804/2016
Domingo José BATULE	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SALTA	Decreto 812/2016
Gabriela Elisa CATALANO	Poder Judicial	JUEZA DE CAMARA del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SALTA	Decreto 813/2016
María Alejandra MANGANO	Ministerio Público Fiscal	FISCAL de la PROCURACION GENERAL DE LA NACION	Decreto 811/2016
María Silvina DOMINGUEZ	Poder Judicial	JUEZA del JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ZAPALA	Decreto 815/2016

Juan Carlos PAULUCCI	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ante la CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FISCALIA N° 2	Decreto 814/2016
Andrés Fabián BASSO	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 de la misma ciudad	Decreto 832/2016
Javier Feliciano RIOS	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 de la misma ciudad	Decreto 833/2016
Fernando Marcelo MACHADO PELLONI	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 de la misma ciudad	Decreto 900/2016
Juan Ignacio PEREZ CURCI	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ante los TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL FEDERAL DE MENDOZA	Decreto 979/2016
Carolina Laura Inés ROBIGLIO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, SALA B	Decreto 986/2016
Ana Helena DIAZ CANO	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 15	Decreto 987/2016
José Miguel IPOHORSKI LENKIEWICZ	Ministerio Público Fiscal	FISCAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS	Decreto 988/2016
María Andrea GARMENDIA ORUETA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS	Decreto 985/2016

Sergio Aníbal PINTO	Poder Judicial	JUEZ del JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE BELL VILLE, PROVINCIA DE CÓRDOBA	Decreto 994/2016
Néstor Pablo BARRAL	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 3 DE MORON, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 1062/2016
Marcos MORAN	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTIN	Decreto 1072/2016
Hugo Horacio GRECA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GENERAL ROCA	Decreto 1075/2016
Juan Pablo SALAS	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTIN	Decreto 1076/2016
Walter Ezequiel LOPEZ DA SILVA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE BAHIA BLANCA	Decreto 1077/2016
Carlos Alberto SEIJAS	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS NACIONALES EN LO CRIMINAL DE INSTRUCCION Y ANTE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORIA N° 15	Decreto 1074/2016
Nicolás LAINO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR AUXILIAR DE LA DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION	Decreto 1081/2016
Martín Alejandro RAMOS	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 DE MORON	Decreto 1202/2016
Eduardo Ariel PUIGDENGOLAS	Poder Judicial	JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SAN RAFAEL	Decreto 1223/2016



Aurelio Antonio CUELLO MURUA	Poder Judicial	JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE VENADO TUERTO	Decreto 1224/2016
Graciela Alicia GILS CARBO	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 26	Decreto 1224/2016
FERNANDO BAZANO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FED. DE PRIMERA INST. EN LO CRIMINAL Y CORRECC. DE SAN ISIDRO	Decreto 1274/2016
Esteban Eduardo HANSEN	Poder Judicial	JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LIBERTADOR GENERAL SAN MARTIN	Decreto 1303/2016
Carlos Alberto MARTINEZ FRUGONI	Poder Judicial	JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TARTAGAL	Decreto 1304/2016
Alberto José MARTINEZ	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LOS TRIBUNALES FEDERALES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA DE COMODORO RIVADAVIA	Decreto 1305/2016
CARLOS ALBERTO MAHIQUES	Poder Judicial	TRASLADASE DE LA CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA III A LA CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL, SALA II (VOCALIA VII)	Decreto 328/2017
ZUNILDA NIREMPERGER	Poder Judicial	TRASLADASE DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE RESISTENCIA, PROVINCIA DEL CHACO AL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE LA MISMA CIUDAD	Decreto 354/2017

GUILLERMO JORGE YACOBUCCI	Poder Judicial	TRANSFORMAR - EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 2° DE LA LEY 27.307 - EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 6 DE LA CAPITAL FEDERAL EN EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Resolución CM 160/2017
ENRIQUE MENDEZ SIGNORI	Poder Judicial	TRANSFORMAR - EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 2° DE LA LEY 27.307 - EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 6 DE LA CAPITAL FEDERAL EN EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Resolución CM 160/2017
HERMINIO FERNANDO CANERO	Poder Judicial	TRANSFORMAR - EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 2° DE LA LEY 27.307 - EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Nº 6 DE LA CAPITAL FEDERAL EN EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Resolución CM 160/2017
Graciela Haydeé AVALONE	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO Nº 49 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 546/2017
Claudio Fabián LOGUARRO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO Nº 38 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 545/2017
Mario Jorge GAMBACORTA	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 3 DE ROSARIO	Decreto 548/2017

Marcelo GOTA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL N° 8 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 547/2017
Eduardo Daniel GOTTARDI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA II	Decreto 550/2017
Silvia Susana SANTOS	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 68 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 549/2017
Germán Luis Antonio SUTTER SCHNEIDER	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE ROSARIO	Decreto 555/2017
Silvina Andrea BRACAMONTE	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 556/2017
María Paula MARISI	Poder Judicial	JUEZA DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE MENDOZA	Decreto 557/2017
Santiago José MARTIN	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE MAR DEL PLATA	Decreto 558/2017
Javier PICO TERRERO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 559/2017
Eugenio Jorge MARTINEZ FERRERO	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE ROSARIO	Decreto 563/2017
Alberto Daniel CARELLI	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE MENDOZA	Decreto 567/2017

María Elena LOPEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 57 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 565/2017
Oswaldo Alberto FACCIANO	Poder Judicial	JUEZ DE CAMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE ROSARIO	Decreto 566/2017
Jorge Gustavo ONEL	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTA FE, PROVINCIA DE SANTA FE, FISCALIA N° 1	Decreto 564/2017
José Carlos BENITEZ	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE PUERTO IGUAZU	Decreto 561/2017
David Andrés CHASSAGNADE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE RAWSON	Decreto 562/2017
Silvina Andrea COSTA	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PUBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE VENADO TUERTO	Decreto 560/2017
Guillermo Miguel GARONE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RIO GRANDE	Decreto 552/2017
José Gabriel BONGIOVANNI SERVERA	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE USHUAIA	Decreto 551/2017
Lara Cristina LEGUIZAMON	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PUBLICA OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE CORRIENTES	Decreto 554/2017

Rosana Leonor MARINI	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PUBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GOYA	Decreto 553/2017
Nicolás RAMAYON	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RECONQUISTA	Decreto 568/2017
Pablo Juan LEGA	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE PEHUAJO	Decreto 576/2017
Victoria SANCHEZ SOULIE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PUBLICA OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE AZUL	Decreto 583/2017
Carlos POSE	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 752/2017
María Cecilia HOCKL	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 753/2017
Fernando Alcides URIARTE	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 750/2017
Olga Pura ARRABAL	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MENDOZA	Decreto 751/2017
Alfredo Rafael PORRAS	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MENDOZA	Decreto 756/2017
Alejandro Hugo PERUGINI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 754/2017

Mauricio Gabriel ZAMBLAZZO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE CONCORDIA	Decreto 757/2017
Carlos María CASAS NOBLEGA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL FEDERAL DE CORDOBA	Decreto 755/2017
María Luz CASTANY	Ministerio Público Fiscal	FISCAL DE LA PROCURACION GENERAL DE LA NACION	Decreto 758/2017
Gustavo Enrique CASTIÑEIRA DE DIOS	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MENDOZA	Decreto 765/2017
José Luis CASSINERIO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL Nº 4 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 764/2017
Manuel Alberto PIZARRO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MENDOZA	Decreto 763/2017
Alejandro Patricio MARANIELLO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL Nº 5 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 761/2017
Juan Ignacio PEREZ CURCI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MENDOZA	Decreto 762/2017
María Elvira ROSON	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO Nº 46 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 768/2017
Fernando Ignacio FISZER	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA Nº 3	Decreto 770/2017

Juan Manuel FERNANDEZ BUZZI	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 5	Decreto 769/2017
Gabriel GONZALEZ DA SILVA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ADJUNTO DE LA PROCURACION GENERAL DE LA NACION	Decreto 771/2017
Enrique María COMELLAS	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PUBLICO OFICIAL ANTE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL, DEFENSORIA N° 1	Decreto 772/2017
Nicolás AMELOTTI	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 11	Decreto 766/2017
Sandro Fabio ABRALDES	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, FISCALIA N° 29	Decreto 767/2017
Martín Sebastián PELUSO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 9 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 812/2017
Mariano ITURRALDE	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 16 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 815/2017
Julio Leonardo BAVIO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE SALTA	Decreto 813/2017
Aníbal PINEDA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO	Decreto 816/2017

Juan Manuel IGLESIAS	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY, PROVINCIA DE ENTRE RÍOS al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE RESISTENCIA, PROVINCIA DEL CHACO	Decreto 875/2017
Federico BOTHAMLEY	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SANTIAGO DEL ESTERO	Decreto 907/2017
María Alejandra PROVÍTOLA	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 6 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 906/2017
Beatriz Estela ARANGUREN	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE PARANÁ	Decreto 912/2017
Cecilia Margarita MURRAY	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 79 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 909/2017
María Luz FELIPE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE VILLA MARÍA	Decreto 910/2017
Pablo REPETTO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE NEUQUÉN	Decreto 905/2017
Elizabeth Alejandra PAISÁN	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 12 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 917/2017
Rosalía ROMERO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 45 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 913/2017



Abelardo Jorge BASBÚS	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SANTIAGO DEL ESTERO	Decreto 924/2017
Alfredo GODOY	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 24 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 920/2017
Martín YADAROLA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 4 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 921/2017
Fernando Adrián SÁNCHEZ	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTA FE	Decreto 919/2017
Juan Carlos NACUL	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE VILLA MERCEDES	Decreto 938/2017
Miguel Ángel CONTRERAS	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE CATAMARCA	Decreto 937/2017
Marcos Andrés FERNÁNDEZ	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 21 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 953/2017
Darío Osvaldo BONANNO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 33 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 956/2017
Paula PETAZZI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 11 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 959/2017
Ángeles Mariana GOMEZ MAIORANO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 49 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 976/2017

Silvina CASTRO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 74 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 973/2017
Omar Aníbal PERALTA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 971/2017
Mónica María Inés PINOTTI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 39 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 974/2017
Alejandro Héctor FERRO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 36 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 975/2017
Héctor Andrés HEIM	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ADJUNTO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN	Decreto 972/2017
Laura Graciela BRUNIARD	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 34 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 981/2017
Silvia Estela MORA	Poder Judicial	Transformar, en los términos de los artículos 3° y 4° de la Ley 27.307, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 10 de la Capital Federal, en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 9 de la Capital Federal	Resolución CM 491/2017
Alejandro Martín BECERRA	Poder Judicial	Transformar, en los términos de los artículos 3° y 4° de la Ley 27.307, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 10 de la Capital Federal, en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 9 de la Capital Federal	Resolución CM 491/2017

Alejandro NOCETTI ACHAVAL	Poder Judicial	Transformar, en los términos de los artículos 3° y 4° de la Ley 27.307, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 10 de la Capital Federal, en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 9 de la Capital Federal	Resolución CM 491/2017
Gerardo BALOG	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GENERAL PICO	Decreto 1023/2017
Ricardo Antonio TITTO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS NACIONALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL Y ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORÍA N° 22	Decreto 79/2018
Ricardo BUSTOS FIERRO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE CÓRDOBA	Decreto 77/2018
Eduardo Antonio ZANNONI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA F	Decreto 78/2018
Germán Pablo ZENOBI	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 9 DE LA CAPITAL FEDERAL,	Decreto 329/2018
Elisa Matilde DIAZ DE VIVAR	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA M	Decreto 328/2018
Ricardo Gustavo RECONDO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA III,	Decreto 332/2018

María Claudia JUEGUEN	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 34 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 316/2018
Damián Ignacio KIRSZENBAUM	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 26 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 312/2018
Carina Nancy RODRÍGUEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 29 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 318/2018
Rocío ALCALÁ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA, PROVINCIA DEL CHACO	Decreto 321/2018
Luis Alberto CATARDO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA VIII	Decreto 317/2018
Graciela Liliana CARAMBIA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA VII	Decreto 323/2018
Miguel Omar PÉREZ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA III,	Decreto 324/2018
Laura Victoria UBERTAZZI	Poder Judicial	CONJUEZ DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE COMODORO RIVADAVIA	Decreto 326/2018
Fernando BUJÁN	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS NACIONALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL Y ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORÍA N° 16	Decreto 325/2018

Juan Antonio TOBIAS	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ADJUNTO ANTE LOS TRIBUNALES ORALES DE MENORES DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORÍA N° 3	Decreto 322/2018
Hernán PROCAJLO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS TRIBUNALES FEDERALES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA DE ROSARIO, PROVINCIA DE SANTA FÉ, DEFENSORÍA N° 2	Decreto 319/2018
Esteban José CHERVIN	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SAN JUAN	Decreto 320/2018
Hernán José SANTO ORIHUELA	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS JUZGADOS NACIONALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL Y ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 313/2018
Claudia Soledad IBAÑEZ	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SAN LUIS	Decreto 314/2018
Leticia Iris DIEZ	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RÍO GALLEGOS	Decreto 315/2018
Lucila Inés CÓRDOBA	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 8 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 334/2018
María Dora GONZÁLEZ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA VIII	Decreto 333/2018

Samanta Claudia BISCARDI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 81 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 335/2018
Paula Verónica GONZÁLEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 40 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 340/2018
Mariana Julieta FORTUNA	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 38 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 380/2018
Celia Elsa GIORDANINO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 106 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 378/2018
Ana Paula GARONA DUPUIS	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 87 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 379/2018
Diego Martín CORIA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 76 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 381/2018
Cristóbal LLORENTE	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 83 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 382/2018
Myriam Marisa CATALDI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 383/2018
Agustina DÍAZ CORDERO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 23 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 374/2018
María Victoria FAMÁ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 92 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 375/2018

María Gabriela VERO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 56 DE LA CAPITAL FEDERAL,	Decreto 377/2018
Eduardo Guillermo FARAH	Poder Judicial	Trasládase de la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA II al TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1	Decreto 429/2018
Mariano LLORENS	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA I	Decreto 514/2018
Hernán Martín LÓPEZ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, VOCALÍA N° 16	Decreto 533/2018
Magdalena LAIÑO DONDIZ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, VOCALÍA N° 3	Decreto 534/2018
Mariana Graciela CALLEGARI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 59 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 518/2018
Analia Victoria ROMERO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 40 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 519/2018
Sebastián Francisco FONT	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 36 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 520/2018

Christian Ricardo PETTIS	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 98 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 521/2018
Cecilia Beatriz KANDUS	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 24 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 522/2018
Santiago STRASSERA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 37 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 524/2018
María Elisa ARIAS	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 12 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 523/2018
María Laura RAGONI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 89 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 526/2018
Paula Andrea CASTRO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 93 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 529/2018
Aldo Mario DI VITO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 71 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 527/2018
Juan Martín ALTERINI	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 27 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 525/2018
Viviana Silvia TORELLO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nº 49 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 528/2018



Ignacio RODRÍGUEZ VARELA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, VOCALÍA N° 10	Decreto 530/2018
Lino Claudio MIRABELLI	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 2 DE SAN ISIDRO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 531/2018
Liliana María Leonor HEILAND	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA I,	Decreto 546/2018
Silvia Mónica FARIÑA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES,	Decreto 548/2018
Pablo Esteban LARRIERA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 547/2018
José Luis AGÜERO ITURBE	Ministerio Público de la Nación	FISCAL GENERAL ADJUNTO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN	Decreto 549/2018
Silvina MAYORGA	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE SAN MARTÍN	Decreto 560/2018
Roberto Daniel AMABILE	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 565/2018
Matías Alejandro MANCINI	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 4 DE SAN MARTÍN	Decreto 570/2018

Walter Antono BENDITTI	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SAN MARTÍN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 571/2018
Leandro Sergio PICADO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 572/2018
Julio Enrique Enzo AGNOLI	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE EL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SANTA FE	Decreto 566/2018
Santiago ROLDÁN	Ministerio Público Fiscal	FISCAL DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN	Decreto 563/2018
Cecilia Patricia INCARDONA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE LOMAS DE ZAMORA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, FISCALÍA N° 2	Decreto 564/2018
Oswaldo Onofre ÁLVAREZ	Poder Judicial	Trasládase de la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA D a la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA K,	Decreto 590/2018
Diego Gustavo BARROETAVERÑA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, VOCALÍA N° 5	Decreto 627/2018
Daniel Antonio PETRONE	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, VOCALÍA N° 2,	Decreto 626/2018
Carlos Alberto MAHÍQUES	Poder Judicial	Trasládase de la CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA III, A LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, VOCALÍA VII	Decreto 625/2018

Guillermo Jorge YACOBUCCI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, VOCALÍA N° 12	Decreto 635/2018
Alejandro Javier SANTAMARÍA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 15 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 644/2018
Eduardo Alejandro MAGGIORA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 42 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 645/2018
Paula Emilia FERNÁNDEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 18 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 646/2018
Mario Alberto VILLAR	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, FISCALÍA N° 1	Decreto 643/2018
Daniel Omar GUTIÉRREZ	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE SAN MARTÍN	Decreto 657/2018
Enrique LILLJEDAHL	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE CATAMARCA,	Decreto 661/2018
María Eugenia NELLI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 2 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 662/2018
Federico José IUSPA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE SAN ISIDRO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, FISCALÍA N° 1	Decreto 659/2018

Sebastián Alberto BRINGAS	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE CAMPANA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES	Decreto 660/2018
Mariana SAIZ CAEIRO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 58 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 669/2018
Ricardo Darío AGUGLIARO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 107 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 668/2018
Marcelo Claudio FERNÁNDEZ	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 25 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 667/2018
Gabriela Susana CRUZ DEVOTO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 65 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 666/2018
Esteban Carlos RODRÍGUEZ EGGERS	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 4 DE SAN MARTÍN	Decreto 670/2018
Pablo Guillermo LUCERO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, VOCALÍA N° 4	Decreto 673/2018
Ricardo Ángel BASÍLICO	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 8 DE LA CAPITAL FEDERAL, al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	674/2018

Pablo Daniel BERTUZZI	Poder Judicial	TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 4 DE LA CAPITAL FEDERAL a la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA I	Decreto 835/2018
Germán Andrés CASTELLI	Poder Judicial	Trasládese TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE SAN MARTÍN, PROVINCIA DE BUENOS AIRES al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 7 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 902/2018
Pablo TRÍPOLI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA C	Decreto 937/2018
Santiago Ulpiano MARTÍNEZ	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE LOS JUZGADOS FEDERALES DE PRIMERA INSTANCIA DE BAHÍA BLANCA, PROVINCIA DE BUENOS AIRES, FISCALIA N° 2	
Carlos Manuel GRECCO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA III	Decreto 957/2018
Juan Manuel CONVERSE	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA C	Decreto 941/2018
Juan Pablo RODRÍGUEZ	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA I	Decreto 942/2018
Gonzalo Matías OLIVER DE TEZANOS	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE MENORES N° 5 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 943/2018

Silvia Patricia BERMEJO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA K	Decreto 944/2018
Carlos Federico COCIANCICH	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE MENORES N° 6 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 947/2018
Axel VON LEERS	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE MENORES N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 946/2018
Mariano CANDAL	Poder judicial	JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 77 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 983/2018
Eduardo Guillermo FARAH	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE SAN MARTÍN	Decreto 982/2018
Pablo Gustavo LAUFER	Poder Judicial	Trasládase del TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 20 DE LA CAPITAL FEDERAL al TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 4	Decreto 1016/2018
Esteban Eduardo HANSEN	Poder Judicial	Trasládase del JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LIBERTADOR GENERAL SAN MARTÍN, PROVINCIA DE JUJUY al JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE JUJUY,	Decreto 1167/2018

Federico Hernán VILLENA	Poder Judicial	Trasládase del JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MORENO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES al JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 1 DE LOMAS DE ZAMORA	Decreto 1168/2018
Edmundo RABBIONE	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 61 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1175/2018
Carlos Javier CARBAJO	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, VOCALÍA N° 3,	Decreto 1172/2018
Juan José BARIC	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTA ROSA	Decreto 1174/2018
Érica María UHRLANDT	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 53 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1185/2018
Jorge Alejandro ZABALA	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 3 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1183/2018
Diego GARCÍA BERRO	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1188/2018
Vanesa Alejandra PELUFFO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 63 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1189/2018
María Fabiana GALLETI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 57 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1186/2018

Alejandra Mercedes ALLIAUD	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 55 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1187/2018
Gustavo del Corazón de Jesús FRESNEDA	Poder Judicial	UEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE PASO DE LOS LIBRES, PROVINCIA DE CORRIENTES	Decreto 1191/2018
Martín Carlos DEL VISO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 28 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1182/2018
Ignacio Carlos FORNARI	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1190/2018
Sergio Néstor MOLA	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ADJUNTO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN	Decreto 1193/2018
Javier Ignacio LORENZUTTI	Ministerio Público Fiscal	FISCAL GENERAL ANTE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN JUSTO	Decreto 1194/2018
Fernando Luis OVALLE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORÍA N° 13	Decreto 1192/2018
Ignacio Ariel SABÁS	Ministerio Público Fiscal	FISCAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SAN RAFAEL	Decreto 1195/2018
Marina Vanesa SOBERANO	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 1184/2018



María Inés ITALIANI	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA CURADORA DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DEFENSORÍA PÚBLICA CURADURÍA N° 3	Decreto 1181/2018
Sebastián Diego ARGIBAY	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE SANTIAGO DEL ESTERO	Decreto 6/2019
Hernán Sergio VIRI	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GUALEGUAYCHÚ	Decreto 7/2019
Ernesto LUCCHELLI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA F	Decreto 8/2019
Javier SÁNCHEZ SARMIENTO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL N° 48 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 9/2019
Julietta MATTONE	Ministerio Público de la Defensa	DEFENSORA PÚBLICA OFICIAL ANTE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, DEFENSORÍA N° 18	Decreto 10/2019
Gabriela Mariel SCOLARICI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA J	Decreto 292/2019
Simón Pedro BRACCO	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE GENERAL ROCA	Decreto 291/2019
Leonardo Jesús AMBESI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA X	Decreto 294/2019
Beatriz Ethel FERDMAN	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA V	Decreto 295/2019

Ángel Francisco ANDREU	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE CÓRDOBA	Decreto 293/2019
Facundo ZAPIOLA	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE CÓRDOBA	Decreto 298/2019
Cristina Edith GIORDANO	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE CÓRDOBA	Decreto 297/2019
Bibiana Inés DÍAZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 53 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 299/2019
Claudia Alejandra FONTAÍÑA GONZÁLEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 28 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 296/2019
Carolina PRADO	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 1 DE CÓRDOBA	Decreto 300/2019
José Luis Alberto AGUILAR	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE RESISTENCIA	Decreto 290/2019
María Eugenia CAPUCHETTI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 5 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 304/2019
María Noel COSTA	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE CÓRDOBA	Decreto 303/2019
Manuel Pablo DIEZ SELVA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA IV	Decreto 305/2019

Alejandro CABRAL	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE NEUQUÉN	Decreto 321/2019
Mariel Ester BORRUTO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RÍO GRANDE, PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR	Decreto 319/2019
Karina Gisela ALONSO CANDIS	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 1 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 318/2019
Gastón Matías POLO OLIVERA	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA G	Decreto 320/2019
Analfá Graciela RAMPONI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE CONCORDIA	Decreto 315/2019
Santiago Ricardo CARRILLO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 3 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 317/2019
Nadia FLORES VEGA	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 3 DE SAN MARTÍN	Decreto 573/2018
José Luis GALMARINI	Poder Judicial	VOCAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, SALA F	Decreto 583/2018
Mario Eduardo MARTÍNEZ	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA RIOJA	Decreto 524/2019

Jorge Ignacio SOBRINO REIG	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 13 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 529/2019
Marina Edith PISACCO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 33 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 525/2019
Luis Ricardo José SÁENZ	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 21 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 528/2019
Ignacio Martín REBAUDI BASAVILBASO	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 34 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 527/2019
María de las Mercedes DOMÍNGUEZ	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 100 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 526/2019
Pablo Fernando MORÁN	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE FORMOSA	Decreto 564/2019
Diego FERNÁNDEZ MADRID	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 19 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 565/2019
Herman MENDEL	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 30 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 573/2019
Lucrecia PEDRINI	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 55 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 574/2019
Eliana Beatriz RATTA RIVAS	Poder Judicial	JUEZA DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SAN JUAN	Decreto 578/2019

Alejandro Marcos GALLANDAT LUZURIAGA	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE OBERÁ	Decreto 580/2019
Daniel Alejandro DOFFO	Poder Judicial	JUEZ DE CÁMARA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE SAN JUAN	Decreto 579/2019
María Gabriela D'ANGELO	Poder Judicial	JUEZA DEL JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRABAJO N° 48 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 576/2019
Fernando STRASSER	Poder Judicial	JUEZ DEL JUZGADO FEDERAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 2 DE LA CAPITAL FEDERAL	Decreto 640/2019



# TRABAJOS DE EXTENSIÓN



Arte de la portada: *Hugo Echarrí*

Obra: *El primer grito I*

(acrílico sobre tela, 170x198 cm)

## **El sentido teórico de la libertad**

Para Kant el arbitrio es la facultad que está unida a la conciencia de ser capaz de producir el objeto mediante la acción.

Para Kant, la libertad del arbitrio es la independencia de su determinación por impulsos sensibles. Obediencia debida. Para Kant lo importante es que el hombre se pueda despegar de su naturaleza empírica, corporal: sensible. Para Kant un sujeto que respeta las leyes está *ejerciendo* su libertad.

Son cosas que la ética no regula. Puede haber una filosofía *pura* detrás del horror. No hay derecho a rebelarse. El hombre tiene para Kant una doble naturaleza: una racional, pura. Y otra sensible, empírica, de cuyas inclinaciones deberíamos librarnos. Esto es lo que muchos aun llaman “filosofía práctica”. Neokantismo. Y Retribución. En sociedades que se pretenden liberales. Nuestro sentido teórico está fallado. Partimos de cero otra vez.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*



# Los 30 años de la Convención de los Derechos del Niño: una mirada crítica sobre su vigencia<sup>1</sup>

*Lucía Belaunzarán, Martina Flaherty, Martín Menestrina,  
Sebastián P. Pagano y Lucía F. Zapico Feltri*  
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e377>

## I. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) es un tratado internacional de derechos humanos, aprobado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas luego de un debate que duró más de 20 años. Es el instrumento internacional más importante sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes, y en términos generales, el que ha tenido mayor aceptación y consenso. En efecto, la CDN se convirtió el 20 de septiembre de 1990 en el tratado que más rápido entró en vigencia en la historia del derecho internacional, así como también fue la convención ratificada por más países del mundo, todos a excepción de Estados Unidos.

Antes de la Convención de los Derechos del Niño, existieron dos declaraciones de la comunidad internacional. La primera fue

---

<sup>1</sup> Programa de Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas perteneciente a la Secretaría de Extensión de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP. El Programa está coordinado por el Abog. Martín Menestrina, y los miembros del equipo son: la Lic. en Trabajo Social Lucía Belaunzarán, el Lic. en Psicología Manuel Rodríguez, la Abog. Antonela Coroli y la Abog. Martina E. Flaherty. S.

adoptada por la Sociedad de las Naciones en 1924 y la segunda por la Organización de Naciones Unidas en 1959. Si bien ambas declaraciones fueron un destacado avance en la materia y configuraron importantes antecedentes para la Convención de los Derechos del Niño, no eran más que enunciaciones de derechos y principios –sin un ser jurídicamente vinculantes– para orientar a los estados, en un mundo de posguerra, acerca de cómo se debía tratar a los niños y a las niñas.

La CDN cuenta con una primera parte donde se reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes y una segunda parte donde se crea el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados.

En esa primera parte el eje fundamental de la CDN es el reconocimiento de los niños, niñas y jóvenes como sujetos de derechos que, junto con el establecimiento de su derecho a ser escuchados, el derecho a vivir una vida sin discriminación y el derecho a la sobrevivencia y el desarrollo, constituyó un cambio de paradigma respecto del viejo modelo del patronato.

Aquél antiguo sistema respondía a *“un esquema que hoy conocemos como ‘modelo tutelar’, ‘filantrópico’, ‘de la situación irregular’, o ‘asistencialista’, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas”* (Beloff, 2004).

En el patronato, la utilización de estigmas tales como *“riesgo”, “abandono”, “fuga del hogar”, “niños de la calle y en la calle”*, entre otros, permitían tipificar una clase de personas que se encontraban *“en situación irregular”*, conformando una identidad social que los aislaba de su entorno. Se pretendía salvar al niño considerándolo peligroso. De ese modo, en lugar de adoptar políticas públicas preventivas de protección integral de la familia y sus hijos, que mejoraran la calidad de sus vidas y las fortalecieran en su función de crianza y educación, se

acudía a la “*justicia de menores*”, mediante el alejamiento del niño del binomio familia-escuela, que sólo lograban marginarlo y excluirlo de su vida social.

De allí que se haya dicho que “*La utilización del aparato de la administración de justicia en forma sistemática para este estrato poblacional ha estado desde siempre directamente vinculada a la ausencia de políticas públicas de promoción y desarrollo*” (Guemureman y Daroqui, 2001).

Desde el lado opuesto, la doctrina de la “*protección integral*” implica la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales y, a la vez, tienen derechos específicos previstos, precisamente, por su condición de personas en etapa de crecimiento.

Este nuevo paradigma implicó no sólo la introducción de garantías a la respuesta estatal al delito de los jóvenes, sino a la posibilidad de discutir la formulación de políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos, teniendo como eje al niño como sujeto de derechos. En efecto, se circunscribe la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, fortalece las garantías procesales y obliga a la Administración pública a implementar políticas integrales que remuevan los obstáculos que limitan la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de los niños y su efectiva participación en la comunidad; todo lo cual constituye una condición para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la CDN.

La segunda parte de la CDN crea un Comité Internacional para examinar los progresos en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados, que actualmente tiene sede en Ginebra. También la CDN obliga a los Estados que la ratificaron, a presentar informes periódicos sobre las medidas que se han adoptado para hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## II. Incorporación de la CDN al sistema jurídico argentino y bonaerense

La CDN se incorporó al ordenamiento jurídico argentino, a partir de 1990 cuando dicha Convención fue ratificada (ley 23.849), y en el año 1994 se le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Al firmar la CDN los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos en ella incluidos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados.

Sin embargo, frente al incumplimiento de adecuar la normativa interna para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CDN, en el año 2002 el Comité de los Derechos del Niño expresó su preocupación respecto que *“la ley vigente relativa al niño, a saber, la Ley N° 10.903 (Ley de patronato), se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la “situación irregular”, en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial... de manera que no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos. Además, el Comité observa que, con frecuencia, la legislación provincial no se ajusta a las disposiciones y los principios de la Convención”* (Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, 2002) y recomendó al Estado Nacional *“a) Tome todas las medidas necesarias para que el Congreso apruebe sin tardanza el proyecto de ley de protección integral de los derechos del niño y el adolescente; b) Vele*

*por que, una vez promulgada, la Ley de protección integral de los derechos del niño y el adolescente se aplique plenamente de conformidad con la Convención, prestando especial atención a la necesidad de asignar los recursos humanos y financieros necesarios para poder contar con estructuras adecuadas”.*

Recién en el año 2005 –más de 11 años después de la ratificación de la CDN- fue sancionada la ley nacional 26.061 que creó el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en ese mismo año la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley 13.298 de “*Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños*”, que asimismo derogó el decreto-ley 10.067/83 “*Ley de patronato provincial*”.

### **III. El Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños**

La ley 13.298 pretendió crear en el territorio de la Provincia de Buenos Aires el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño (en adelante SPPDN) que debía estar conformado por un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino.

Entre los principales organismos administrativos que debían ponerse en funcionamiento –en remplazo del Patronato de Menores- se pueden mencionar: a) la Autoridad de Aplicación (actualmente Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia) que tendría a su cargo el diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas (art. 16 de la ley 13.298); b) la Comisión

Interministerial -integrado por representantes de los distintos Ministerios- cuyo objetivo sería la coordinación de las políticas de optimización de los recursos del Estado Provincial y para ello debía definir acciones, priorizar agentes y sistematizar políticas públicas (art. 13 de la Ley 13298); c) el Observatorio Social, integrado por representantes de la sociedad civil e iglesias, tendría como función el monitoreo y evaluación de los programas y acciones de la promoción y protección de los derechos del niño (art. 24 de la Ley 13298 y Dec. Reglamentario 300/2005); e) el Defensor de los Derechos del Niño cuya misión sería la defensa, promoción y protección de los derechos del niño, frente a hechos, actos u omisiones de la administración Pública Provincial, Municipal o de cualquier integrante del Sistema de Promoción y Protección del Derecho del Niño (art.16.1 del Decreto 300/2005); f) los Servicios Zonales que funcionarían en cada región del Ministerio de Desarrollo, integrados por equipos interdisciplinarios que debían coordinar y supervisar el funcionamiento de los Servicios Locales (art. 18.4 del Decreto 300/05); g) los Consejos Locales debía realizar diagnósticos de la situación de la infancia y de la oferta de servicios y prestaciones así como los obstáculos para acceder a los mismos a nivel territorial (art. 15 del Decreto 300/2005); y h) los Servicios Locales cuya función principal sería la de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad (arts. 18, 19; 20, 21 de la Ley 13.298 y 18, 19, 20 y 21 del Decreto300/05). El sistema funcionaría a través de acciones desarrolladas por entes del sector público y del sector privado.

#### **IV. Impacto de la CDN en la ciudad de La Plata: el caso de “la banda de las frazadas”**

A 30 años desde la vigencia de la CDN resulta indudable que prácticamente en todas las jurisdicciones (nacional, provincial y municipal) y poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial) se han producido importantes cambios en la forma de concebir

los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta transformación, consagrada en distintas normas, como se ha dicho, puede resumirse en el paso de una concepción de “*menores*” como objeto de tutela y protección, a la consideración de los niños, niñas y jóvenes como sujetos plenos de derecho (Beloff, 1992).

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento, goce y satisfacción de los derechos reconocidos a los niños, niñas y jóvenes, es posible relativizar el impacto real de la CDN en el ámbito local.

En el 2008, un grupo de niños y niñas que se encontraban en situación de calle y dormían en la glorieta de la Plaza San Martín de la ciudad de La Plata –que habían identificados por medios de comunicación como “la banda de la frazda”- fueron salvajemente lastimados por un grupo de policías y adultos que buscaban desalojarlos. Esta situación puso en evidencia que el Estado criminalizaba a estos niños por hechos que tenían su origen en la omisión de implementar políticas públicas de derechos humanos en los términos de la CDN (Menestrina, 2018).

En ese contexto, un grupo madres, organizaciones sociales e instituciones académicas presentaron una acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata solicitando la efectiva puesta en marcha de la ley 13.298 que había creado el SPPDN.

La causa “*Asociación Miguel Bru y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*”, que tramitó en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 1 de La Plata se erigió como una herramienta de diagnóstico acerca del estado de implementación de la ley 13.298, pues le ha permitido a las autoridades públicas contar con información actualizada acerca de la problemática de la niñez y familia –inexistente al momento de la interposición de la demanda-, pues contiene datos, informes y estadísticas entre otros elementos que se han ido colectando, de la mano de las pruebas realizadas así como de los *amicus curiae* presentados, que evidenciaron cuáles

eran los obstáculos en el diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas dirigidas a la niñez

Desde una perspectiva general acerca del funcionamiento de las áreas de niñez, se puso de manifiesto que si bien se habían implementado una serie de programas destinados a dar cumplimiento al mandato legal, los mismos no resultaban suficientes para cubrir de modo efectivo las demandas que afectaban al colectivo de niños, niñas y adolescentes en situación de calle en la ciudad de La Plata. Se explicitó como una constante la escasa cantidad de recursos, la precariedad de las intervenciones, la falta de protocolos de actuación y la construcción diaria de estrategias basadas en las convicciones propias de los operadores, evidenciando que las diferentes intervenciones estatales no estaban sustentadas en políticas públicas serias que permitieran un trabajo coherente y sostenido en el tiempo.

Tras cuatro años, el 22 de mayo del año 2012 se dictó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo, condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, dentro del plazo de seis meses procedieran a realizar todas las acciones necesarias para la implementación efectiva del SPPDN en la ciudad de La Plata. La sentencia fue apelada en el año 2012 y recién 8 años después, en 2020, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dicta una sentencia definitiva.

## **V. Conclusión**

La plena y efectiva implementación de la CDN exige, desde 1990, profundas transformaciones no sólo en la legislación nacional y provincial, sino –y seguramente estas sean las más importantes- reformas en las concepciones y prácticas de los actores e instituciones relacionadas con la niñez y juventud y cambios socio-culturales de la relación del Estado, la familia y la comunidad con los niños, niñas y adolescentes. Este compromiso, que es de todo el Estado argentino, constituye aún hoy una deuda pendiente.



En términos generales la República Argentina, y la Provincia de Buenos Aires han llevado adelante una adecuación meramente eufemística de la legislación interna en relación al estándar de la CDN. A este tipo de procesos se los ha denominado de adecuación formal o eufemística porque se modifica la legislación pero no cambian las concepciones y prácticas (Beloff, 2004). Estos procesos, así llevados a cabo, son llamados “*fraude de etiquetas*” porque en sólo se trata de un cambio de nombres vacío de contenido.

En la ciudad La Plata, a través de los datos, informes y pruebas relevados en la causa “*Asociación Miguel Bru*” se puso de manifiesto, la inexistencia de diagnósticos precisos acerca de las problemáticas de niñez en la ciudad, las estimaciones presupuestarias, los equipos de trabajo necesarios y las evaluaciones de propuestas, requisitos indispensables no sólo para la formulación de políticas públicas, sino también para monitorear su incidencia y, eventualmente, efectuar correcciones. Se advirtió incluso falencias en el relevamiento de datos oficiales actualizados –mucho menos de acceso público- específicamente generados para los niños, niñas y adolescentes.

Dicha causa judicial reflejó –con absoluta vigencia- una tendencia a la construcción de políticas y programas centrada en la esfera retórica, que se renueva con el cambio de cada gestión, y que luego no tienen un impacto directo ni son capaces de transformar la vida de los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados o amenazados. Todo lo dicho evidencia –aún en la actualidad- una imposibilidad absoluta de elaborar políticas con criterios de integralidad, universalidad, e interdependencia entre los diversos organismos.

Así, es posible afirmar que en que en el ámbito de la Ciudad de La Plata no existen políticas eficaces de protección y promoción de derechos para la niñez y la adolescencia,

Desde una perspectiva crítica, al cumplirse 30 años de la incorporación de la CDN al ordenamiento jurídico nacional, no caben dudas, que las reformas introducidas en el ámbito

local –tanto en las leyes como en las instituciones- en materia de niñez y juventud operaron solamente como una adaptación formal del derecho interno a la CDN, pues no obstante la derogación formal del sistema tutelar y su reemplazo por el de la protección integral, la realidad demuestra que aquél subsiste en legitimadas y continuas prácticas administrativas y judiciales.

## VI. Bibliografía

- BELAUNZARÁN, Lucía et al (2015) *Niñez y Derechos humanos. Herramientas para un abordaje integral*. Editorial UNLP, La Plata.
- BELOFF, Mary, No hay menores de la calle, en “No Hay Derecho”, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992.
- BELOFF, Mary (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto.
- GUEMUREMAN, Silvia y DAROQUI, Alcira (2001). *La niñez ajusticiada*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- MENESTRINA, M., BORREGO, C., BELAUNZARAN, L., PAGANO, S., FLAHERTY, M., & ZAPICO, L. (2018). Niñez y Derechos Humanos: entre el desamparo y la justicia. *Revista Derechos En Acción*, Vol. 9 Núm. 9 (2018): primavera 2018. ISSN 2525-1678. Disponible en <https://doi.org/10.24215/25251678e241>
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales: Argentina, CRC/C/15.Add.187, del 9-X-2002.

# DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA



**Arte de la portada: Hugo Echarrí**

**Obra: *Acariciando lo áspero***

**(acrílico y pastel sobre tela, 180x150 cm)**

## **Parresía**

Sartre (que cuestiona la libertad de “opinión”) dice que no quiere avergonzarse de escribir. Pero parece muy difícil no sentir hoy algo muy parecido a la vergüenza. Cuando camino por diagonal norte cuento 7, 8, chicos tirados en la vereda. Jugando con la basura. No tenemos aun defensor del niño pese a que esta instituido desde hace mas una decada. Damos vergüenza. Como sociedad digo. No importa la grieta. La grieta es un juegoito.

Todo texto se impone por una búsqueda formal. Pero Cómo se arma o compone un libro de poemas? Qué entra? El orificio de bala en el vientre de Laura? El “privilegio“ de recibir el cuerpo para Estela? Cómo se decide lo que debe formar parte y lo que no?

En su critica a la literatura autónoma, Sartre salva a la poesia de su condena de ser literatura comprometida. No sabemos del todo por qué hay una secuencia vergonzante que reproduce esa logica, ese infierno, combinamos aun en lo más alto del Canon la belleza literaria con el olor de la carne en descomposición.<sup>1</sup>

Pero Sartre hace esta concesión. Adorno dice lo contrario. Los que no se salvan son Balzac y Flaubert, dos “irresponsables“. Balzac porque no dijo nada en 1848 cuando se traicionó al proletariado. Y Flaubert y los hermanos Goucourt porque no usaron su pluma para denunciar la masacre de la comuna de Paris en 1871. Nosotros también trabajamos sobre esta irresponsabilidad. No queremos abogados ni poetas jóvenes “irresponsables“, ni cómplices, ni funcionales, sino abogados activistas poetas que denuncien (como Berta Cáceres, Marielle Franco, Lesbia Yaneth, más que Valery, reivindicado por Adorno en su diatriba en contra de Lucaks) pero sobretudo que trabajen por el avance y la promoción de

---

<sup>1</sup> “El arte moderno es un gran carnaval en el que todo anda revuelto, el talento y la pillería, lo genuino y lo falso, los creadores y los payasos. Y -esto es lo más grave- no hay manera de discriminar... (Mario Vargas Llosa, *El País*, 2008)

los derechos. La deforestación, la expoliación, la prostitucion: el hambre. El pentonaval. Son nuestra realidad. La prostitucion siempre está seguida de muerte. La trata<sup>2</sup>. El autogobierno. Rafael Nahuel. Facundo Burgos. Ferreira. Sonia Sanchez. Carandirú. Bolsonaro, Lula. Moro. Sala. Franco. Cáceres. El motin de Altamira donde mueren (y muchos celebran que mueran) como “cucarachas“. Las maestras del conurbano que tienen que rascar el fondo de la olla porque ahora los chicos van a comer con sus papás. Son todas varas con que se enfrenta y se mide lo literario.

“Sentia los pinchazos, pero no sabía que era“. Dijo la madre de Corina de Bonis del CEC 801 de Moreno, maestra a quien secuestraron, le pusieron una bolsa en la cabeza, la subieron al baul de un auto, la torturaron y le escribieron en la panza con un punzón “ollas no“. Ollas sí. Poetas con ollas. Fichte. Eforos. Poesía popular. Estela. Laura hizo desviar un camión lleno de carne. Comida.

Elisabeth Käsemann. *Die Versöhnung*. La raiz de la palabra “reconciliación“: Sohn, están los HIJOS: es “hacernos todos HIJOS“. Eso significa reconciliarse en alemán: *hacernos todos HIJOS*. Esto tiene hondas implicaciones que no son solo simbólicas (deletéreas) para nosotros los poetas-abogados argentinos que reproducimos la historia. Más si nos dedicamos a los derechos humanos, a reivindicar la memoria, la verdad, y la justicia. La Literatura. La palabra poesía derecho (político olvidado, inclusive lo que daba Carlos Fayt!) como unidad que ya no se disloca ni se divide ni se quiebra o parte en ramas. Se conserva aferrada al único mastil capaz de orientar. De evitar la condena. La complicidad del derecho con los crímenes de los que no debe formar (ni debio haber formado, tampoco desde las formas jurídicas) parte. La poesía rompe ese equilibrio *formal*. No permite que *el derecho* juegue en dos lugares a la vez. Martha Nussbaum todavía no entiende, tal vez porque está en Chicago,

---

<sup>2</sup> Sanchez, S. *Ninguna mujer nace para puta*. Ed. La Vaca. Buenos Aires. 1998.

que nosotros hacemos en la práctica, con los jóvenes abogados poetas HIJOS, “putos”, lo que ella escribe en la teoría. Poner el cuerpo (por eso “puto”, porque ser “macho” es ser pura Razon sin emociones “rosas”, “imparcial”, sin cuerpo). Eso es la diferencia. Eso hace la poesía en el derecho. Pone sobre la mesa el cuerpo que fue desaparecido (para poder ser violado) en la formalidad de las leyes. Por eso la poesía es una forma de la (recuperación de la) “mala palabra”. La poesía es decir – sobretodo es hacer- *bardo*. Y cuando nos piden que no hagamos “bardo”, lo que nos piden concretamente es que no hagamos poesía. Ni más ni menos. Que no hagamos “política”. No te metás. Que no nos *politicemos*. El que se mete hace “bardo”. Es “político”. Se *politiza*. Es un joven “soberbio”. Preferiremos siempre *la soberbia* a la institucionalizada y socializada complicidad *normal* con el crimen.

Autor: *Guido Leonardo Croxatto*

## **Discurso de Hipólito Yrigoyen del 16 de octubre de 1920**

*Ailén Díaz*<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e378>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8438-6622>

Invitamos al interesado a leer el discurso realizado por el presidente Hipólito Yrigoyen ante el Congreso Nacional el 16 de octubre de 1920. Siendo éste muy útil para comprender su pensamiento y reafirmar una vez más la necesidad de la defensa de nuestros recursos.

Don Hipólito no ha sido un personaje muy aficionado a los discursos, por eso son escasos a los que podemos recurrir para estudiar sus posicionamientos. En esa inteligencia, resulta conveniente la lectura del presente a fin de comprender sus acciones e ideas. Máxime si quisiéramos desandar el por qué se dice, fue el primer gobierno nacional y popular elegido democráticamente, gracias a la sanción de la ley Sáenz Peña (Ley Nº 8.871).

A través de la mencionada ley, en las elecciones del 2 de abril de 1916 Yrigoyen fue electo presidente y Luna Vicepresidente con los votos de 152 electores -recordar que en aquel momento existía el Colegio Electoral, organismo encargado de elegir al Poder Ejecutivo, a través del sufragio indirecto-. En tanto en lo que respecta al poder legislativo, el radicalismo

---

<sup>1</sup> Docente de La materia Historia Constitucional de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

logró obtener 45 diputados, contra 70 opositores, y 4 senadores contra 26 opositores. De modo que dicha fuerza política obtuvo minoría en ambas cámaras. En diputados recién en la siguiente elección obtuvo la mayoría, sin embargo, en el Senado no ocurrió lo mismo.

Este panorama, sumado a la primera guerra mundial desatada en 1914, nos ilustra de la dificultad que tuvo el primer gobierno radical para gobernar e introducir reformas al Estado, presidido ininterrumpidamente hasta el '16, por la oligarquía terrateniente.

El radicalismo mostró una concepción nacional y una clara intervención del Estado en algunos aspectos de la economía, a modo de ejemplo: la limitación de la renta agraria, el petróleo en manos nacionales, la política ferroviaria, etc, situación que le costó ataques, ruptura del propio partido (personalistas y antipersonalistas) y, finalmente el derrocamiento del poder por medio de un golpe de estado, el 6 de septiembre de 1930.

Podemos observar en el presente discurso, la intervención estatal en la economía, la clara intención que los ferrocarriles sean manejados por la Argentina, y no por compañías foráneas, aunque sea en un formato mixto, en pos de lograr el fomento de las zonas más subyugadas. Lo que Yrigoyen destaca es el concepto de la 'solidaridad nacional', criticando que la ley sancionada dejaba a las poblaciones y regiones subordinadas a los parámetros de rentabilidad de las empresas privadas, contrario a la lógica de que el Estado impulsaba las obras ferroviarias y mantenía en operación ferrocarriles en aquellas regiones que no interesaban a los capitales particulares. En ese orden de ideas, es que Yrigoyen veta la ley que autorizaba el traspaso de los mismos, mediante las facultades que le otorgaba la constitución nacional.

La preocupación del líder radical por la cuestión ferroviaria es clara. La estructura del tendido ferroviario en forma de abanico y finalizando en el puerto, era un claro signo de una economía semi-colonial, lo que permite entender el por qué del



énfasis en vetar la ley del congreso para pasar líneas férreas a compañías extranjeras.

Así lo señalaba en “Historia de los Ferrocarriles Argentinos” Raúl Scalabrini Ortiz: *“Desgraciadamente, las líneas férreas no fueron tendidas con un criterio de equilibrio y unificación nacional (...) Las líneas fueron trazadas con un sentido ajeno a las conveniencias nacionales, porque su estudio, planeamiento y financiación fueron ofrecidos a los extranjeros por razones ajenas a la política ferroviaria y a la capacidad financiera de la República. Con el correr de los años y el aumento de la riqueza, fue acrecentándose y extendiéndose, hasta constituirse en un poder dotado de armas más eficaces que el mismo gobierno nacional. El ferrocarril extranjero extendió el área comercialmente cultivable con cereales y el perímetro de las praderas aprovechables para la cría de ganado, pero impidió sistemáticamente el comercio interior y las industrializaciones locales. El ferrocarril fue el arma primordial de que se valieron los extranjeros para sofocar todo progreso que de alguna manera pudiera hacer vacilar su hegemonía. Fueron, los nuestros, ferrocarriles coloniales destinados a mantenernos en la rutina sin salida del primitivismo agropecuario”* (1975:18).

Lo que Yrigoyen comprende es la importancia de una línea férrea con salida al pacífico. Se repite la misma historia de trabas, idas y venidas. Ello nunca se lograría con los ferrocarriles en manos extranjeras. Por lo que no solo veta la ley del traspaso, sino que presenta un proyecto en ese mismo año para llevar a cabo una serie de obras públicas destinadas a las regiones postergadas y a afianzar las comunicaciones con países vecinos como Chile y Bolivia, tras contar con acuerdos diplomáticos firmados con ambos países para conectar los ferrocarriles entre sí. Como asimismo retomar la construcción de líneas de fomento suspendidas a mediados de la década anterior y demás obras propuestas. Sin embargo como era de esperar dichos proyectos fueron rechazados por el Senado, conformado en su mayoría por conservadores.

En síntesis los objetivos de la política ferroviaria delineados por el primer gobierno de Yrigoyen pueden clasificarse en: el fin de los planes de venta o arrendamiento de las líneas del Estado a partir del veto presidencial de 1920; el proyecto de acceso de los Ferrocarriles del Estado a la ciudad de Buenos Aires que era muy rentable y se encontraba bajo exclusiva explotación privada, y el extenso plan de obras ferroviarias, que Alvear ratificó al impulsar la aprobación legislativa que no logró Don Hipólito.

El líder radical comprendió que los Ferrocarriles Estatales eran un resorte estratégico, y que cumplían con la función social de atender con el servicio de transporte a las regiones más apartadas del país, caracterizado por la pobreza y la baja integración a los mercados mundiales.

Es por esa lucidez y empeño en dicha defensa, que hacemos este pequeño comentario, para reivindicar una vez más los intereses nacionales.

### **Discurso: Irigoyen y su preocupación por ley de privatización de ferrocarriles del Estado**

Discurso que Yrigoyen pronunciara ante el Congreso el 16 de octubre de 1920, preocupado por la sanción de una ley de privatización de los ferrocarriles del estado que perjudicaría a pueblos alejados. Fomentaba, en cambio, una participación por parte del estado “cada día más preponderante en las actividades industriales” y una explotación estatal “de fuentes naturales de riqueza, cuyos productos constituyen elementos vitales del desarrollo general del país”.

*Buenos Aires, 16 de octubre de 1920. Al Honorable Congreso de la Nación: Tengo el honor de dirigirme a V. Honorabilidad, observando la ley n° 11106, en uso de la facultad que acuerda al Poder Ejecutivo, el artículo 72 de la constitución nacional.*

*La sanción de V.H., subordina todo el plan de la ley a la organización de una compañía privada, que deberá recibir en propiedad la red actual de los denominados ferrocarriles nacionales, constituida por las líneas denominadas “Central Norte Argentino”, “Formosa a Embarcación” y “Metán a Barranqueras”, y sobre esa base negociar la fusión con la red del Ferrocarril Central Córdoba, Ferrocarril Córdoba y Rosario y Ferrocarril Central-Extensión a Buenos Aires, formando así una compañía por acciones que se denominará “Ferrocarriles Nacionales”.*

*Antes de entrar al estudio analítico de esa organización, cuya sola financiación nos llevaría fatal e inevitablemente a perder no sólo el dominio de los ferrocarriles del estado, sin compensación alguna, sino el **contralor de las tarifas de las empresas particulares**, defensivo de la economía del país, tan necesario para el desenvolvimiento de sus riquezas, el Poder Ejecutivo debe reafirmar principios fundamentales, que ya he tenido oportunidad de enunciar, y que informan su criterio y definen lo que constituye su política en materia ferroviaria y en todas aquellas actividades industriales afines con los servicios públicos, o que tiendan a mantener en poder del estado la explotación de fuentes naturales de riqueza, cuyos productos constituyen elementos vitales del desarrollo general del país, en los múltiples aspectos que señalan los progresos de la vida moderna.*

*Afirma así el Poder Ejecutivo, como fundamental al desenvolvimiento social, político y económico de la nación, el principio del dominio de los ferrocarriles del estado y de la extensión de sus líneas.*

*Esa orientación de gobierno es la única que responde a los grandes sacrificios realizados por la nación para construir y conservar su red ferroviaria y cualquier*

*combinación que nos llevara a fusionar nuestro sistema actual, haciendo partícipe a cualquier otra compañía como asociada del estado, resultaría siempre en beneficio exclusivo de la compañía particular, dado que las líneas complementarias a construirse del sistema de los ferrocarriles del estado, son las destinadas a proporcionar un tráfico intenso, sirviendo las zonas más ricas de la república y dando salida por el litoral, al interior y al norte, con grandes ventajas económicas en la explotación de sus fuentes naturales de riqueza. (...)*

*Los ferrocarriles del estado fueron recibidos por el Poder Ejecutivo en una situación de desquicio, despilfarro y perversión tal, que le han demandado grandes esfuerzos tendientes a su mejoramiento y reorganización.*

*Dentro de un concepto general de gobierno, aceptado por las naciones más progresistas, que se confirma y acentúa cada vez más en la actualidad del mundo, el estado debe adquirir una posición cada día más preponderante en las actividades industriales que respondan principalmente a la realización de servicios públicos y si en alguna parte esas actividades deben sustituirse en lo posible a las aplicaciones del capital privado, es en los países de desarrollo constante y progresivo como el nuestro, donde el servicio público de la naturaleza del que nos ocupa, ha de considerarse principalmente como un instrumento de gobierno con fines de fomento y progreso de las regiones que sirven.*

*Si hubiéramos, entonces, de aceptar la tendencia que define la sanción de V.H., tendríamos que renunciar a considerar el ferrocarril como un medio de impulsar el desarrollo de la vida económica de ciertos estados de la república con detrimento evidente de una esperanza de mejoramiento, tendríamos la seguridad de su subordinación a las exigencias, siempre crecientes del*

*capital privado, que trata, por definición, de ser retribuido en la forma más amplia. No habrían, entonces, la posibilidad siquiera de llenar el fin primordial a que debe responder la ley de que se trata, dentro del concepto de solidaridad nacional a que ella debe tender, desde que volveríamos a las horas aciagas que le ha tocado vivir al país bajo el régimen de las concesiones garantidas, que en sus abusos lo llevaran al borde de la ruina, retardando por muchos años el desarrollo de sus grandes progresos.*

*Entrando al concepto de la financiación que la sanción de V.H., plantea, el Poder Ejecutivo, debe dejar bien establecido que la forma ideada para la organización del capital a emplearse, con el interés que se fija a las obligaciones y el que devengue durante el período de construcción con la hipoteca de las líneas, sería tan oneroso para los intereses que tiende a servir, que haría imposible el desarrollo, en condiciones favorables, de las zonas comprendidas en el plan de construcción que la misma sanción dispone, gravitando sobre las rentas generales los considerables déficit que esa explotación impondría para que un día el estado, cuya garantía subsidiaria se establece en esa financiación, se vea obligado a entregar esa parte de su valioso patrimonio a la explotación privada, sin defensa posible de las regiones de la república servidas por esas líneas.*

*El plan del Poder Ejecutivo, expresado oportunamente a V.H., y sobre el cual la H. Cámara de Diputados se pronunció unánimemente en su favor, es el que verdaderamente consulta las posibilidades de llevar a cabo el programa de construcción de obras públicas para responder a los fundamentales intereses de las provincias, que dichas obras públicas tienden a fomentar.*

*En consecuencia, el Poder Ejecutivo juzga que la ley sancionada por V.H., entraña un verdadero despojo*

*de uno de los primordiales factores de prosperidad del país, como son los ferrocarriles, e implica el retardo y acaso el malogramiento del propósito determinante del gobierno en el sentido de llevar lo más rápido posible, todos los beneficios de los ferrocarriles a los pueblos y zonas de la república donde sus riquezas permanece estancadas sin perspectiva de que se las incorpore al desenvolvimiento general de la nación.*

*El Poder Ejecutivo considera que la sanción de V.H., comportaría un verdadero desastre para la seguridad de los bienes del estado, y el desarrollo progresivo del país, acusando en todo sentido la prolongación de los procedimientos del pasado en vez de la renovación reparadora del presidente.*

*Hipólito Yrigoyen  
Buenos Aires, 16 de octubre de 1920*

**SECCIÓN ESPECIAL**  
**DERECHO CRÍTICO**



**Arte de la portada: *Hugo Echarri***

**Obra: *El primer grito IV***

**(acrílico y pastel sobre tela, 170x180 cm)**



## **Presentación del *dossier* especial sobre derecho crítico**

### **La crítica del derecho: Límites y posibilidades de un pensamiento jurídico en acción**

*Luciana Álvarez*

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

*Diego J. Duquelsky-Gómez*

Universidad de Buenos Aires

Universidad de José C. Paz - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e379>

Hablar de estudios críticos o perspectivas críticas en el campo del derecho no constituye en nuestros días una novedad, al menos en algunas latitudes en que su despliegue goza desde fines de los años '70 de cierta circulación, y mantiene una renovada actualidad. En Latinoamérica (o en Argentina si lo restringimos sólo a nuestro país) somos cada vez más quienes trabajamos en esta dirección, asumiendo en muchas ocasiones supuestos y problemas que pueden reconocerse como propios de una posición crítica, aun cuando no prestemos demasiada atención a qué nos referimos con ello. Es cierto, además, que en muchas de estas líneas de trabajo -como el caso de la Escuela de Teoría Crítica del Derecho de Argentina- es la misma consideración de aquello que constituye "la crítica" la que se encuentra sujeta a diversas modulaciones, sea en virtud de la coyuntura, de los objetos de estudio o de diversas recepciones e influencias

teóricas. Como ha sido señalado en múltiples ocasiones, este es uno de los signos distintivos de la Escuela de Teoría Crítica del Derecho, al tiempo que constituye uno de sus mayores aportes en cuanto al potencial político que es capaz de desplegar: no se trata de un cuerpo homogéneo de ideas, y sin embargo es posible señalar los rasgos que permiten identificar una posición determinada dentro de las perspectivas críticas.

En relación con ello, en el presente *dossier* buscamos recuperar la pregunta por aquello en que consisten -hoy- las posiciones críticas en el derecho, con la inquietud de echar luz, además, a todo un cuerpo inorgánico de pensamiento que se ha ido forjando a través de diversas operaciones estratégicas. De algún modo, reconocemos que asumir una posición crítica puede tener que ver, sobre todo, con la necesidad de dar respuesta a una serie de problemas que se fueron presentando como parte de nuestras agendas de pensamiento, investigación y acción, lo que a su vez, lejos de ideologizar nuestros desarrollos, le imprimen una singularidad que deseamos y necesitamos exponer a fin de comenzar una cartografía posible.

Como era esperable, los trabajos que componen el presente *dossier*, desplegado en principio a lo largo de tres números, dan cuenta de la diversidad de enfoques a través de los cuales la pregunta por la crítica en el derecho cobra forma. En el primer número compuesto por los trabajos de los organizadores y coordinadores, Diego Duquelsky Gómez y Luciana Alvarez, junto a los de Silvana Vignale, Sebastián Torres, Alejandro Médici y Mauro Benente, proponemos una suerte de reposición de aquello en que consiste el trabajo propio de la crítica, y —especialmente— cómo cobra forma y opera en el espacio específico del derecho.

En el segundo número, compuesto por los trabajos de Sofía Aguilar, Nora Wolfzun, Gonzalo Ana Dobratinich, Marina Goralí, María Verónica Gómez, Natalia Monasterolo y Laura Judith Sánchez, a la par que se profundiza en diversos insumos teóricos que permiten una reflexión crítica de lo jurídico, comienza a tomar lugar una de las realidades más problemáticas de nuestro

presente: la cuestión de género y los desafíos que supone para las formaciones socio-jurídicas contemporáneas, cuyas estructuras se enfrentan importantes transformaciones. Aun cuando, la cuestión género constituye uno de esos problemas que se encuentran a la base de las problematizaciones que los estudios críticos del derecho han sabido realizar tempranamente, forzoso es reconocer que en los últimos años han recobrado centralidad, y nos vamos viendo forzados y forzadas a replantear tanto el trabajo de la crítica en relación a ella, como los supuestos teóricos y metodológicos que nos permitan acompañar su devenir.

En el tercer número, en el que toman lugar los trabajos de Juan Martín Almejún, José María Maitini y Jéssica Belén Gizzi, Paola Colombaro, Marcos Olalla y Rodrigo Calderón Astete, continuamos con una reflexión sobre aquello que convoca a ser pensado al filo de las disputas de género, así como de múltiples problemáticas socio-políticas que inciden tanto en el modo en que lo jurídico puede ser pensado, como en las operaciones estratégicas en que toma lugar la invocación de los derechos.

Seguramente tendremos que tomarnos algún tiempo para comprender mejor de qué se trata específicamente pero, lo que resultó evidente para nosotros —con la convocatoria al presente *dossier*— es que la pregunta por la crítica en el campo del derecho no solo constituye una de esas preguntas que permanecen abiertas, sino que constituye uno de esos tópicos que continúa convocándonos a pensar. Es por ello que, agradecemos la participación de quienes remitieron sus trabajos y proponemos mantener la pregunta por la “crítica en el derecho” como espacio de contribución y debate en el marco de una Sección especial de la Revista Derechos en Acción, que tan amigablemente nos ha convidado a constituir la bajo nuestro auspicio y el de Alejandro Médici. Esperamos, entonces, se sientan invitadxs a participar!



# ***Ethos crítico y a priori* histórico de una experiencia posible. Contribución filosófica a la noción de crítica desde una ontología del presente**

Silvana Vignale<sup>1</sup>

INCIHUSA CONICET - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e380>

Tal como lo anticipa el título de este dossier, la crítica se concibe como el trabajo sobre los límites y las posibilidades de un determinado objeto. Nuestra contribución se ocupará de atender el carácter de la crítica desde una perspectiva filosófica, más específicamente, desde el trabajo filosófico de una ontología del presente. Para eso, la abordaremos en un primer momento como una metódica de la investigación en las ciencias sociales y humanas, tomando distancia del disciplinamiento que busca reducir el trabajo teórico a metodologías prefabricadas. El posicionamiento crítico involucra al investigador en la realidad que investiga, e historiza su emergencia junto al objeto de estudio, con atención a las implicancias entre saber y poder, en el marco de lo que podemos denominar una epistemología crítica. Es desde esto último que es relevante la contribución de Michel Foucault, en cuanto desplaza el *a priori* objetivo y formal kantiano a un *a priori* subjetivo e histórico. Y eso mediante un ejercicio del pensamiento que busca problematizar a la política, o como lo veremos ya hacia el final de nuestro escrito, como el

---

<sup>1</sup> CV

cultivo de la virtud o el arte de la inservidumbre voluntaria y de la indocilidad reflexiva, que apunta a cuestionar las relaciones entre verdad y poder y a mostrar las implicancias de un sujeto que se resiste a ser gobernado de una determinada forma, abriéndose al plano de lo ético, y pasando por lo tanto de una metódica o actitud del trabajo teórico a un *ethos* o actitud práctica, vinculada a los modos de vida y a los propios procesos de subjetivación.

### **La crítica como método de trabajo teórico**

La idea de la crítica como definición de los límites y posibilidades del objeto se remonta a Immanuel Kant en el siglo XVIII, en respuesta a una de las preocupaciones de la época relativas a cómo conocemos. En su enorme trabajo plasmado en la *Crítica de la razón pura*, definió los alcances de la crítica para la metafísica (Kant, 2008). Con una actitud de vigilancia epistemológica entre el dogmatismo al que conduce el racionalismo cartesiano y el escepticismo que acarrea el empirismo de David Hume, elaboró una tercera posición que equilibró la respuesta a la pregunta por las fuentes del conocimiento. Así, la crítica aparece como el ejercicio por establecer los límites de la razón y sus condiciones de posibilidad para el conocimiento objetivo. Esta vigilancia es también una denuncia a los tropiezos de la metafísica, por haber procedido por meros tanteos, alzándose por encima de las enseñanzas de la experiencia –al pretender tomar como objetos de conocimiento a ideas puras de la razón (Dios, alma, mundo)–, de las cuales no tenemos correlato empírico, por lo tanto, *noúmenos* que podemos pensar, pero no conocer. Hay, en consecuencia, un esfuerzo de Kant respecto al lugar del sujeto en el proceso del conocimiento, introduciendo en la historia del pensamiento un giro copernicano –tal como él mismo lo designó– al demostrar que no son los objetos los que determinan el conocimiento, sino la estructura trascendental del sujeto, esto es lo que el sujeto “pone” en términos de formas y estructuras *a priori*, mediante las facultades de la sensibilidad

y del entendimiento. En este marco, la metafísica para llegar a ser ciencia debiera poder determinar *a priori* su objeto, es decir, independientemente de la experiencia es posible saber qué es objeto o no de conocimiento para la razón atendiendo a la estructura trascendental del sujeto.

Este acontecimiento, mencionado aquí brevemente, dejó importantes andamios para el trabajo filosófico, no sólo en materia de una gnoseología, sino como herramienta para los modos en que ejercemos el pensamiento, es decir, como metódica para el trabajo filosófico. No obstante, esto no significa que haya una sola manera de ejercer la crítica, ni que la misma pueda reducirse a una consecución de estrategias tal como suele pensarse la cuestión del método.

Desde un punto de vista estrictamente metodológico, se suele encorsetar el trabajo de investigación de las ciencias sociales y humanas sólo dentro de los modelos cualitativos y cuantitativos (y sus mixturas), forzando muchas veces el problema de investigación a metódicas prefabricadas, en cuanto se antepone el método al tipo de problema en cuestión.

Por otra parte, la relación sujeto-objeto que domina desde la modernidad el ámbito del conocimiento, encuentra su mejor *partenaire* en la neutralidad valorativa, y como sujetos nos ha colocado no sólo por fuera de la realidad que buscamos estudiar –posición epistemológica coherente a la denominada “concepción heredada” del Círculo de Viena, de carácter formalista y pretendidamente a-histórica (y cuya posición comprende el conocimiento científico como si fuera un espejo que refleja el mundo)–, sino que también esa posición epistemológica acarrea consecuencias ético-políticas, en cuanto desconoce la relación existente entre la “verdad” y las relaciones de poder.

Por eso, si en alguna medida de lo que se trata es de sensibilizar el trabajo teórico, eso es posible mediante una epistemología ampliada a lo histórico social, perspectiva que concibe que la producción del conocimiento no se encuentra al margen de los procesos históricos de conformación de las ciencias y

sus objetos de estudio, de los problemas que se suscitan en una sociedad determinada, de las estrategias políticas y de los intereses económicos en juego, donde la objetividad (y, en definitiva, la verdad) no se define por la supuesta universalidad, sino por el producto de consensos y acuerdos científicos. En otras palabras, se trata de considerar el juego de fuerzas en un determinado campo de relaciones de poder, que intervienen en los procesos de investigación. Posición esta última más relacionada a la tradición francesa o epistemología crítica, en la que el sujeto no se posiciona “afuera” de la realidad que estudia, sino, por el contrario, se concibe formando parte de la misma.<sup>2</sup>

Estas reflexiones metodológicas se orientan a comprender a la crítica como una metódica del trabajo teórico, en el campo de una epistemología ampliada hacia lo histórico social. Aunque no se reduce a ella, puesto que, en cuanto comporta la posibilidad de una transformación subjetiva –como veremos en adelante–, involucra una ampliación no sólo a lo histórico social, sino también a lo ético. Cuando decimos “ética” aquí, no aludimos a la disciplina que reflexiona sobre los comportamientos morales, sino a la posibilidad de autodeterminación subjetiva, al trabajo que el sujeto realiza sobre sí mismo en su propia configuración. Eso no es otra cosa que admitir que en todo proceso de construcción del conocimiento hay también procesos de construcción subjetiva, asunto al que nos hemos dedicado en otros trabajos (Vignale, 2017b). Dicho de otra manera, objeto y sujeto se constituyen en un mismo campo de fuerzas, y eso nos invita a elaborar las herramientas de estudio en cada caso, los modos o las estrategias a partir de las cuales podemos acercarnos al objeto sin forzarlo con *a priori* metodológicos.

El trabajo crítico –en un sentido amplio– atiende a todo lo que aquí venimos sosteniendo: no abstraer al objeto de la realidad mediante el *fórceps* de los métodos, tampoco de su

---

<sup>2</sup> Sobre las diferentes posiciones epistemológicas, cfr. SAMAJA, Juan (2000). *Semiótica y Dialéctica*, Buenos Aires, JVE. Y Díaz, Esther (2000). *La posciencia. El conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*. Buenos Aires, Biblos.



tiempo histórico y de su contexto de surgimiento, y además no abstraer al sujeto de la realidad que investiga, y comprender en qué medida la crítica no es sólo el trabajo teórico de conocer los límites y posibilidades del objeto, sino también las posibilidades indefinidas de transformación subjetiva, aspecto que abordaremos más adelante a partir del pensamiento de Foucault.<sup>3</sup> En otras palabras, hay trabajo crítico cada vez que se atiende el carácter histórico y político de determinado objeto de estudio, así como la pertenencia del sujeto a esa realidad que investiga. En esta dirección es que Didier Eribon apunta:

El análisis de los determinismos históricos y sociales, por un lado, y el rechazo de las trascendencias, los trascendentales o los casi trascendentales, por otro (...) delimitan a mi entender el campo del pensamiento crítico, si se considera este como el lugar donde se anudan a la vez los hilos de un proceder histórico y político que se asigna como horizonte –jamás alcanzado– el ideal de una democracia radical y que, por consiguiente, aspira a estar siempre abierto a la llegada del acontecimiento, de lo inédito, atento al porvenir contenido y anunciado lo que se mueve en el presente, a las líneas de fractura que se dibujan en él y, por lo tanto, al presente acorde a la forma y el sentido que ya le confiere el porvenir hacia el que tiende (2019, p. 12).

Teniendo en cuenta que las investigaciones de Foucault son fundantes respecto de un modo de realizar el trabajo crítico, en abandono de todo uso de universales y de una concepción tradicional del poder fundado sobre modelos jurídicos e institucionales (el derecho, el Estado, la teoría de la soberanía), y

---

<sup>3</sup> A propósito de la posición de una epistemología crítica que supone que el sujeto no se encuentra por fuera de la realidad que estudia, y de la cuestión de la superación de la dicotomía entre teoría y praxis, hemos abordado recientemente en una publicación en la Revista Bordes, Ciencias sociales y principio de incertidumbre, las consecuencias políticas del trabajo en ciencias sociales y humanas. A partir de una reflexión en torno al texto de Agamben *¿Qué es real?* (Adriana Hidalgo, 2019), sostenemos que el investigador interviene “conduciendo el fenómeno en cierta dirección”, en una suerte de “gobierno de los fenómenos sociales”. Cfr. <https://revistabordes.unpaz.edu.ar/ciencias-sociales-y-principio-de-incertidumbre/>

en favor de un análisis de los dispositivos concretos a través de los cuales el poder penetra en los cuerpos mismos de los súbditos y gobierna sus formas de vida (Agamben, 2018, p. 19), abordaremos a continuación la concepción de una crítica desde una ontología del presente, a partir de algunas herramientas ofrecidas por el pensador francés.

## **La crítica como *a priori* histórico de una experiencia posible**

Dijimos que nuestra contribución a la noción de crítica se haría desde un enfoque filosófico, y más precisamente desde una ontología del presente. Realizar un diagnóstico del presente o una *ontología histórica de nosotros mismos* requiere trazar una genealogía que permita responder a la pregunta ¿cómo hemos llegado a ser los que somos? Se trata de una formulación tardía en el pensamiento foucaulteano, pero que ayuda a comprender la temporalidad en la que se inscribe el trabajo crítico como *ethos* filosófico, como “una prueba histórico-práctica de los límites que podemos franquear y, por consiguiente, como el trabajo de nosotros mismos sobre nosotros mismos en nuestra condición de seres libres” (Foucault, 2010c, 987).

Foucault concibió su propio trabajo como una *historia crítica del pensamiento*. En un texto firmado con el pseudónimo de Maurice Florence (una entrada para el *Dictionnaire des philosophes*, a cargo de D. Huisman, titulada “Foucault”), define al “pensamiento” como el acto que plantea, en sus diversas relaciones posibles, un sujeto y un objeto. De manera que “una historia crítica del pensamiento sería un análisis de las condiciones en las que se han formado o modificado ciertas relaciones entre sujeto y objeto, en la medida en que éstas constituyen un saber posible” (2010a, p. 999). Y aunque se adscriba a la tradición crítica de Kant, sin embargo, toma distancia de la idea de crítica como sola determinación las condiciones formales y empíricas del objeto para ser conocido. En una operación de desplazamiento, Foucault inscribe la crítica no en

las condiciones de posibilidad del objeto, sino del sujeto, con atención a su emergencia, a su aparición, y a la posibilidad de su transformación. Puede recordarse el pasaje ya célebre de La verdad y las formas jurídicas, unos años antes de esta entrada al diccionario, cuando Foucault decía:

Mi objetivo será mostrarles cómo las prácticas sociales pueden llegar a engendrar ámbitos de saber que no solamente hacen aparecer nuevos objetos, conceptos nuevos, nuevas técnicas, sino que además engendran formas totalmente nuevas de sujetos y de sujetos de conocimiento. El propio sujeto de conocimiento también tiene una historia, la relación del sujeto con el objeto, o más claramente, la verdad misma tiene una historia (2010d, p. 488).

El fragmento revela algo muy propio del trabajo foucaulteano: no partir de universales, como primera precaución metodológica (en este caso, el sujeto de conocimiento), sino más bien mostrar el entramado histórico y político en el que se constituyen los saberes, y que dan lugar no solamente a determinados objetos de estudio (la locura, la criminalidad, la sexualidad), sino a la aparición de determinadas formas de ser sujeto. En esta “inversión” de perspectiva para el análisis -puesto que en lugar de suponer la verdad para hacer derivar de ella la necesidad de determinado ejercicio del poder, Foucault parte del análisis del funcionamiento del poder, para demostrar cómo los saberes surgen justificando a las prácticas- ya no se parte de un sujeto universal que, gracias a su racionalidad, tiene acceso a una verdad también universal. Por eso es importante comprender que la objetivación (el modo en que determinado objeto se vuelve un objeto de conocimiento) y la subjetivación (los modos de ser sujeto) no son independientes entre sí. Una historia *crítica* del pensamiento no es, entonces, “el descubrimiento de las cosas verdaderas, sino las reglas según las cuales, respecto de ciertos asuntos, lo que un sujeto puede decir depende de la cuestión de lo verdadero y de lo falso” (Foucault, 2010a, p. 1000), es decir, de formas de veridicción:

la historia crítica del pensamiento no es ni una historia de las adquisiciones ni una historia de las ocultaciones de la verdad; es la historia de la emergencia de los juegos de verdad: es la historia de las «veridicciones», entendidas como las formas según las cuales se articulan, en un dominio de cosas, discursos susceptibles de ser llamados verdaderos o falsos: cuáles han sido las condiciones de esta emergencia, el precio que, en alguna medida, ésta ha pagado, sus efectos en lo real y el modo en que, ligando cierto tipo de objeto a determinadas modalidades del sujeto, dicha emergencia ha constituido, para un tiempo, para un área y para individuos dados, el *a priori* histórico de una experiencia posible (Foucault, 2010a, p. 1000).

El fragmento es elocuente para comprender que la tarea crítica no es aquella que supone una verdad absoluta, sino que toda objetividad es producto de lo que en un determinado discurso adquiere el carácter de verdad y/o falsedad, y al mismo tiempo, cómo se entranan objetivaciones y subjetivaciones en el marco de una “experiencia posible”; “experiencia posible” que adquiere una connotación diferente a la pura posibilidad de un objeto para el conocimiento teórico y que queda remarcado por el carácter *histórico* que Foucault brinda a ese nuevo *a priori*.

El *a priori* histórico de una experiencia posible incluye también a la experiencia propia de un sujeto en relación a una verdad. Para decirlo con sus palabras, la “subjetividad” es entendida como “la manera en que el sujeto hace la experiencia de sí mismo en un juego de verdad en el que tiene relación consigo mismo” (Foucault, 2010a, p. 1000), cuestión no poco relevante respecto del carácter político de *otra* filosofía crítica, la que surge del desplazamiento de las condiciones y los límites de un conocimiento del objeto a “las condiciones y posibilidades indefinidas de transformación del sujeto” (Foucault, 2001, p. 497), y que como *ethos* o modo de vida se presenta como el ejercicio de resistencia que el sujeto puede realizar, en un acto

de desujeción de determinado juego de verdad, como veremos enseguida.

Pero detengámonos un momento sobre la noción de “experiencia”, a propósito de la idea de “experiencia posible” a la que alude el pensador francés, que no es la misma que la de Kant. Foucault refiere con ella el carácter intrincado de las relaciones entre formas de veridicción, procedimientos de gubernamentalidad y formas de relación de sí consigo, que estructuran un determinado campo, y por lo tanto, no tiene un carácter personal o privado, tal como lo expresa Thomas Lemke:

The term *experience* is decisive in this context. It first indicates the relational and collective dimension of critique. Experiencia in Foucault’s terminology is not something private or personal, but points to a collective practice defined by “the correlation between fields of knowledge, types of normativity, and forms of subjectivity in a particular culture”. Thus, the ethos of critique Foucault envisions is not a solitary attitude or a mode of individual self-fashioning; it is closely connected to existing forms of government (2012, p. 65).<sup>4</sup>

Ahora bien, la importancia política de esta filosofía crítica es la de efectuar un análisis acerca de la aceptación o el rechazo de la propia actualidad, con lo cual la crítica es una metódica que no solamente tiene consecuencias teóricas, sino prácticas.

Como se ve, esto trae como consecuencia que la crítica se ejercerá no ya en la búsqueda de estructuras formales que tienen valor universal, sino como investigación histórica a través de los acontecimientos que nos han conducido a constituirnos y a reconocernos como sujetos

---

<sup>4</sup> “El término experiencia es decisivo en este contexto. En primer lugar, indica la dimensión relacional y colectiva de la crítica. La experiencia, en los términos de Foucault, no es algo privado o personal, sino que apunta a una práctica colectiva definida por “la correlación entre campos de conocimiento, tipos de normatividad y formas de subjetividad en una cultura particular”. Por lo tanto, el *ethos* de la crítica que Foucault imagina no es una actitud solitaria o un modo de *auto-póiesis* individual; está estrechamente relacionado con las formas de gobierno existentes” (la traducción es nuestra).

de lo que hacemos, pensamos y decimos. En este sentido, esta crítica no es trascendental, y no tiene como fin hacer posible una metafísica: es una crítica genealógica en su finalidad y arqueológica en su método. Arqueológica –y no trascendental– en la medida en que no pretenderá extraer las estructuras universales de todo conocimiento o de toda acción moral posible, sino que buscará tratar los discursos que articulan lo que pensamos, decimos y hacemos, como otros tantos acontecimientos históricos. Y esta crítica será genealógica en el sentido en que no deducirá de la forma de lo que somos lo que nos es posible hacer o conocer, sino que extraerá de la contingencia que nos ha hecho ser lo que somos la posibilidad de ya no ser, hacer o pensar lo que somos hacemos o pensamos (Foucault, 2010c, p. 986).

No nos detendremos en este momento sobre la cuestión metodológica de la arqueología y la genealogía, aspectos que hemos abordado en otras oportunidades (Vignale, 2017b). Queremos subrayar lo que se presenta de modo claro respecto de la crítica: que ya no se trata de cómo la metafísica puede alcanzar el estatuto de una ciencia, la crítica histórica sobre la que trabaja Foucault “busca relanzar tan lejos y tan ampliamente como sea posible el trabajo indefinido de la libertad” (2010c, p. 986).<sup>5</sup> Es, como ya se ha dicho, el desplazamiento de un analítica de la verdad –que está atenta a las condiciones formales del conocimiento– hacia una ontología crítica del presente, es decir, hacia la búsqueda de las condiciones históricas de las relaciones entre sujeto y objeto.

---

<sup>5</sup> La noción de “libertad” aquí no debiera confundirse con la de las libertades formales, sino en orden de lo que Foucault llama las “prácticas de libertad”. Sobre esta diferencia hemos trabajado junto a Luciana Alvarez en: VIGNALE, Silvana y Luciana Alvarez (2018). *Prácticas de libertad en la gubernamentalidad neoliberal: claves para pensar la desobediencia en los bordes del sujeto*. XI Coloquio Internacional Michel Foucault “*Foucault e as praticas da libertade*” (Florianópolis, 2018).

## El ejercicio de problematización

¿Qué ejercicio es el de la crítica? Una primera respuesta debe dirigirse a despejar qué cosa *no es*. Por ejemplo, no se trata de aquella forma de rechazo reducido a la descalificación o análisis lapidario sólo en pos del descrédito. El ejercicio de la crítica no es tampoco el de la polémica, donde quien polemiza no renuncia a los propios privilegios de su lugar (dogmático) de enunciación, ni es el análisis de una cantidad de soluciones recusables, a excepción de una que sería la “buena” o la “correcta”. La crítica no tiene tanto que ver con una recusación *per se*, o con el análisis de soluciones, sino con la posibilidad de plantear un problema. Foucault define este trabajo con el nombre de “problematización” (2010b).

El ejercicio de problematizar es relativo a un modo de abordar las cuestiones de la política: interpelar a la política sobre sus discursos de verdad, cuestionarla respecto de la emergencia de determinados objetos y sujetos; por ejemplo, en asuntos relativos a la cuestión de la delincuencia y la penalidad, hay razones para interrogar a la política sobre ellos, al menos para sospechar que su relación se reduzca a la prevención del crimen y a su castigo. En esta dirección, elaborar un dominio de hechos en torno a las prácticas y a los discursos sobre ellas, supone atender el anudamiento de tres ámbitos: el ámbito de la ciencia, el de la política y el de la ética. En otras palabras: la crítica se ocupa de problematizar desde el anudamiento e interferencia entre el ámbito donde se constituye algo como verdad –y se legitima como discurso verdadero–, el ámbito de ejercicio del poder –las prácticas concretas a partir de las cuales se ordena un determinado espacio–, y los modos de producción subjetiva –las formas de individuación y de ser sujetos–.

Sobre la implicancia de estos tres ámbitos y a modo de ejemplo, Foucault dice que con su trabajo en torno a la delincuencia

se trataba de ver qué estrategia política, dando su estatuto a la criminalidad, pudo apelar a ciertas formas de saber y

a ciertas actitudes morales. Era cuestión asimismo de ver cómo estas modalidades de conocimiento y estas formas de moral pudieron reflejar y modificar estas técnicas disciplinarias (2010b, p. 995).

Y señala un poco más adelante que en los dominios de su investigación sobre la locura, la delincuencia y la sexualidad ha privilegiado, en cada ocasión, un aspecto particular,

el de la constitución de una objetividad, el de la formación de una política y de un gobierno de sí, y el de la elaboración de una ética y de una práctica de sí mismo. Pero también he tratado cada vez de mostrar el lugar que en ello ocupan los otros dos componentes que son necesarios para la constitución de un campo de experiencia. En el fondo, se trata de diferentes ejemplos en los que se encuentran implicados los tres elementos fundamentales de toda experiencia: un juego de verdad, relaciones de poder y formas de relación con uno mismo y con los otros (2010b, p. 996).

En definitiva, el trabajo crítico, con lo que hemos repasado aquí, es el trabajo que elabora las condiciones –ciertos obstáculos o problemas en torno a las prácticas– a partir de las cuales determinadas soluciones se hacen posibles o determinadas respuestas tienen lugar. Como método, Foucault lo define como “un movimiento de análisis crítico mediante el cual se procure ver cómo se han podido construir las diferentes soluciones a un problema; pero también, cómo estas diferentes soluciones se desprenden de una forma específica de problematización” (2010b, p. 997).

De modo que aquella historia crítica del pensamiento es una historia de las problematizaciones, y no una historia de las ideas, postura que ya había sentado en *La arqueología del saber* (2004).<sup>6</sup> Mientras la historia de las ideas es una historia de las representaciones, la historia crítica del pensamiento es una

<sup>6</sup> Cfr. el capítulo Arqueología e historia de las ideas, en: FOUCAULT, Michel (2004). *La arqueología del saber*. Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 227-235.



historia de las problematizaciones. No es tampoco una historia de los comportamientos, en cuanto el pensamiento no es lo que habita las conductas y les da sentido, sino

lo que permite tomar distancia con relación a esta manera de hacer o de reaccionar, dársela como objeto de pensamiento e interrogarla sobre sus sentidos, sus condiciones y sus fines. El pensamiento es la libertad con respecto a lo que se hace, el movimiento mediante el cual nos desprendemos de ello, lo constituimos como objeto y lo reflejamos como problema (Foucault, 2010b, p. 996).

De ahí la importancia de lo que fue expresado al comienzo del tomo segundo de *La historia de la sexualidad*: no reafirmar lo que ya sabemos, sino buscar los modos en que podemos pensar de otra manera, “no la que busca asimilar lo que conviene conocer, sino la que permite alejarse de uno mismo” (Foucault, 2008, p. 14). Sobre este “alejamiento de uno mismo” o desujeción quisiéramos referirnos a partir de ahora, en la medida en que constituye una forma de *ethos*.

### **El *ethos* crítico: desujeción de una política de la verdad**

Hemos hablado de la posibilidad de determinar las condiciones para una experiencia posible, experiencia histórica que se conforma por el entretreído entre formas de veridicción, técnicas de gubernamentalidad y técnicas de sí, entendidas estas últimas como

las prácticas sensatas y voluntarias por las que los hombres no solo se fijan reglas de conducta, sino que buscan transformarse a sí mismos, modificarse en su ser singular y hacer de su vida una obra que presenta ciertos valores estéticos y responde a ciertos criterios de estilo (Foucault, 2008, p. 17).

En las investigaciones de Foucault de sus últimos años pasó del estudio de una *genealogía del poder* a una *crítica del sujeto*, cuyo resultado fueron los tomos de la *Historia de la sexualidad*,

aunque en gran medida encontramos muchas de sus definiciones más sustanciales de este periodo en los cursos dictado en el *Collège de France* desde 1980 a 1984. Como hemos mostrado en otro escrito, hay en este periodo la búsqueda de una ética como estructura vigorosa de la existencia, sin ninguna relación con lo jurídico *per se*, con un sistema autoritario o estructura disciplinaria (Vignale, 2013). Con esto se abre una dimensión *ethopoiética* del trabajo foucaulteano, relativa a los procesos de subjetivación y a formas de resistencia al poder político que en gran medida se centran en las relaciones entre el gobierno de sí y el gobierno de los otros. Ahora bien, esta dimensión *ethopoiética* hace que la crítica no solamente constituya un método de trabajo teórico. El ejercicio de *otra* filosofía crítica tiene alcances políticos: pone en cuestión el sujeto que somos, e interviene en su transformación, en cuanto su propio ejercicio involucra la formación de un *ethos* o modo de vida.

Creo que hay con ello la posibilidad de hacer una historia de lo que hemos hecho y que sea al mismo tiempo un análisis de lo que somos; un análisis teórico que tenga un sentido político; me refiero a un análisis que tenga sentido para lo que queremos aceptar, rechazar, cambiar de nosotros mismos en nuestra actualidad. Se trata, en suma, de salir en búsqueda de otra filosofía crítica: una filosofía que no determine las condiciones y los límites de un conocimiento del objeto sino las condiciones y posibilidades indefinidas de transformación del sujeto (Foucault, 2001, p. 497).<sup>7</sup>

Esta dimensión no deja de entrelazarse a otro de los asuntos que más interesan a Foucault, realizar una historia del presente, una ontología histórica de nosotros mismos. Su inscripción en la tradición crítica de Kant es en gran medida porque identifica

---

<sup>7</sup> El texto es extraído del escrito preparatorio para la conferencia "Sexualité et solitude", citado por Frédéric Gros en la "Situación del Curso" de *La hermenéutica del sujeto*. Cfr. FOUCAULT, Michel. *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France 1981-1982*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 497.

en ella por primera vez planteada la pregunta por la actualidad: ¿qué es este presente del que formamos parte?

Hay tres trabajos relevantes donde Foucault aborda de forma directa la cuestión de la crítica, y en todos ellos su interés es problematizar acerca del vínculo entre la interrogación filosófica por el presente, el modo de ser histórico y la constitución de sí mismo. El primero es una conferencia en 1978, en la *Société Française de Philosophie*. El segundo y el tercero son trabajos en los que se dedica a analizar el texto de Kant ¿Qué es la ilustración?: la clase introductoria del curso *El gobierno de sí y de los otros*, en el *Collège de France*, y una nueva versión del mismo texto que aparece en 1984, en un volumen en Estados Unidos, bajo la dirección de Paul Rabinow, respectivamente; textos de los que nos hemos ocupado recientemente a propósito de repensar la cuestión de la crítica en el marco de la gubernamentalidad neoliberal (Vignale, 2017a, 2018). En los tres, la crítica es caracterizada bajo la forma de una actitud o *ethos*, y muestra esta nueva relación con la historia que –sin dejar de lado la arqueología y la genealogía– completa metodológicamente un modo de abordar su objeto de estudio para ofrecer una problematización con atención a una inquietud política por el presente. Nos ocuparemos aquí, a los fines de este escrito, sobre el primero de este grupo de textos, conferencia que además se intitula, propiamente ¿Qué es la crítica? (Crítica y *Aufklärung*).

Como veníamos sosteniendo, la crítica plantea problemas a la política, o dicho ya en otros términos, la crítica se encuentra ligada al problema del gobierno, ¿en qué sentido? La conferencia presenta a la actitud crítica como una forma de resistencia política a determinada forma de gubernamentalidad, como una “voluntad de no ser gobernados de esta manera”. Por lo tanto, Foucault encuentra más allá de la empresa kantiana y de las pequeñas actividades polémico-profesionales, que ha habido en la modernidad de Occidente una cierta manera de pensar, de decir y de actuar, “cierta relación con lo que existe, con lo que

se sabe, con lo que se hace, una relación con la sociedad, la cultura, una relación, asimismo, con los otros, y que podríamos llamar, digamos, la actitud crítica” (Foucault, 2018, p. 46).

Posteriormente, en el dictado del curso de *El gobierno de sí y de los otros*, Foucault retomará la cuestión de la actitud crítica como un resurgimiento de la *parrhesía* antigua, en el que ya se podía encontrar el vínculo complejo entre “política” y “verdad” (2009). Pero aquí esa relación se inscribe a partir del análisis de la pastoral cristiana, y de su desplazamiento en los siglos XV y XVI de la preocupación acerca de cómo gobernar a los otros, del ámbito religioso, al ámbito político o institucional: cómo gobernar el Estado, cómo gobernar una casa, cómo gobernar el cuerpo, cómo gobernar a los niños. Ahora bien, el interés de Foucault se encuentra en que esta preocupación no puede ser disociada de otra que aparece en la misma época, que es la de “¿cómo no ser gobernado?”.

Cómo no ser gobernado que no debe comprenderse como una voluntad de no ser gobernado de ninguna manera, o en absoluto, actitud más anárquica cuyo objetivo es el volverse radicalmente ingobernable. Sino de “cómo no ser gobernado *de esa manera*, por esas personas, en nombre de esos principios, en vista de determinados objetivos y por medio de determinados procedimientos, no de esa manera, no para eso, no por esas personas” (Foucault, 2018, p. 49). Esta actitud insubordinada, este principio de desobediencia, es la “actitud crítica”. Actitud a la vez moral y política, forma de desconfiar de las artes de gobernar, de recusarlas, de limitarlas, de transformarlas. Primera definición de esta actitud cuyo peso específico recae en la subjetivación: el arte de no ser de tal modo gobernado, y de no ser gobernado a ese precio, de esa manera.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Este “no querer ser gobernado de tal modo” implica tres puntos de anclaje históricos, que bien pueden comprenderse desde aquello que con anterioridad mencionamos como “problematización”, ya que esos anclajes históricos son en relación con la verdad, con el poder y con el sujeto. En cuanto a la verdad, en la medida en que implicaba en aquel momento que el gobierno de los hombres se vinculaba a la autoridad de la Iglesia, por lo tanto, se trataba

Y si la gubernamentalización es en efecto el movimiento mediante el cual se trataba, en la realidad de una práctica social, de sujetar a los individuos a través de mecanismos de poder que reivindican para sí una verdad, pues bien, yo diría que la crítica es el movimiento por medio del cual el sujeto se atribuye el derecho de interrogar a la verdad sobre sus efectos del poder y al poder sobre sus discursos de verdad; la crítica será el arte de la inservidumbre voluntaria, el de la indocilidad reflexiva. La crítica tendría esencialmente por función la desujeción en el juego de lo que podríamos llamar, en una palabra, la política de la verdad (Foucault, 2018, p. 52).

Foucault habla de “cómo no ser gobernado” y de “un arte de la inservidumbre voluntaria y de la indocilidad reflexiva” (en un contrapunto con la noción de gobierno y de obediencia). Ahora bien, como vemos a partir del análisis, si bien Foucault retoma aspectos de la crítica kantiana, da un nuevo giro en relación a las prácticas de libertad. Mientras para Kant la ilustración se encuentra en la posibilidad de hacer uso público de la razón -donde desde nuestro punto de vista se inaugura algo problemático entre las libertades formales y la obediencia civil, cuestión que, como ya hemos dicho, nos hemos referido en otros trabajos (Vignale, 2018; Vignale y Alvarez, 2018), Foucault destaca una actitud de indocilidad y desobediencia. La división entre uso público y uso privado de la razón, permite a Kant mantenerse en los límites del contrato con aquellos que gobiernan a los otros: la obediencia al soberano es el “uso privado”, como el mismo Foucault lo expresa (2018, pp. 83-84). Pero de acuerdo a las definiciones de la actitud crítica foucaulteanas, el germen de las contraconductas -y de la posibilidad de desujecionarse

---

de cuestionar la interpretación de las Escrituras, es decir, poner en entredicho el dogma. En cuanto al poder, en no querer aceptar las leyes porque son injustas o porque esconden en la figura del soberano una ilegitimidad esencial. La crítica se expresa oponiendo a esa violencia unos derechos universales e imprescriptibles a los cuales todo gobierno debía someterse. Por último, y respecto del sujeto, es no aceptar como verdadero lo que una autoridad nos dice como verdad. Es así que la crítica anuda verdad, poder y sujeto.

de aquello que se le ha impreso desde técnicas coactivas- reside no sólo en la posibilidad de hacer un uso público de la razón y de ejercer el propio entendimiento sin el tutelaje de otro, sino en una actitud o *ethos*. Así presentadas las cosas, la crítica es la posibilidad de desobedecer no sólo como una actitud racional, no sólo mediante la libertad formal de decir lo que pienso, sino de tramitar efectivamente la oposición voluntaria al modo en que se es gobernado, una *inservidumbre voluntaria*, una *indocilidad reflexiva*. Entra en coalición, desde nuestro punto de vista, el mantenerse o no dentro de los límites de las libertades formales, y en cierta medida, una desacralización de la potencia instituyente del derecho en términos de la ley, para destacarse la potencia destituyente de las prácticas de libertad y de la creación de nuevas formas de vida mediante la crítica. Hemos dicho desacralización de la potencia instituyente en términos de derechos, pero el mismo Foucault habla del movimiento por medio del cual el sujeto “se atribuye el derecho” de interrogar a la verdad sobre sus efectos del poder y al poder sobre sus cursos de verdad, para lo cual es necesario comprender lo que

In this light, rights are defined as a practice and as a factual ability to claim rights. Foucault, following Nietzsche, does not treat rights as inherent properties of individuals that then set limits to other individual or collective bodies; rather, he regards rights as a matter of relations between those agents. The new relational right is not defined in terms of legal or formal rights, but rather as an effective right in the sense that it only exist when it is recognized and guaranteed by power relations (Lemke, 2012, p. 68).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> “Desde este punto de vista, los derechos se definen como una práctica y como una capacidad fáctica para reclamar derechos. Foucault, siguiendo a Nietzsche, no trata los derechos como propiedades inherentes de los individuos que luego establecen límites a otros cuerpos individuales o colectivos; más bien, considera los derechos como una cuestión de relaciones entre esos agentes. El nuevo derecho relacional no se define en términos de derechos legales o formales, sino más bien como un derecho efectivo en el sentido de que solo existe cuando es reconocido y garantizado por las relaciones de poder” (la traducción es nuestra).

No se trata exclusivamente, entonces, de un desplazamiento metodológico y epistemológico del objeto al sujeto, sino de una torsión política: entender la crítica como una fuerza a partir de la cual es posible no solamente un uso por parte del entendimiento en su esfuerzo por no extralimitarse de lo que es posible conocer –un problema del siglo XVIII–, sino un uso práctico y político de lo posible. Se puede encontrar aquí el funcionamiento de aquello que proponíamos más arriba respecto del ejercicio crítico: el de problematizar la política, más que el de ofrecerle soluciones. En este sentido,

Criticar el gobierno no significa tener que proponer respuestas “razonables” a su agenda de problemas, sino más bien interpellarlo sobre las finalidades que él se concede, sobre los medios elegidos para realizarlas, sobre la propia “razonabilidad” general de los procedimientos y de los motivos con que reviste su propia acción. *No es tarea del gobernado, gobernar*. (Chignola, 2018, p. 213).

Sandro Chignola apunta algo sobre lo cual es necesario volver: no solicitarle a quienes realizan la crítica que ofrezcan además un programa o imagen del futuro. “No es tarea del gobernado, gobernar”, y el *quid* de la crítica es propiamente el cuestionamiento de las relaciones entre saber y poder, la interrogación por esa razonabilidad de determinadas prácticas de gobierno. Con esto último, puede verse que la función de la crítica no puede asimilarse a una función ordenadora o normativizadora. Por eso “la crítica sólo existe en relación con algo distinto de ella: es instrumento, es medio para un porvenir o una verdad que ella no conocerá y no será; es una mirada sobre un dominio donde sin duda le gusta hacer de policía y donde no es capaz de hacer la ley (Foucault, 2018, p. 46). Por eso una vez más en palabras de Chignola: “La crítica, para Foucault –y creo que esto es decisivo para comprender también su análisis de la gubernamentalización del poder–, *no debe legislar. No dice lo que se debe hacer*” (2018, p. 202).

Por otra parte, es relevante destacar aquí aquello que se menciona como la “desujeción de una política de la verdad”, en cuanto interviene la posibilidad de modificar la relación entre el sujeto y lo que de antemano se ha establecido como verdadero. Doble juego, a la vez político y epistemológico, cuya injerencia filosófica no es teórica, sino práctica. La actitud crítica convoca una libertad que cuestiona lo establecido, y aunque no convoque a la obediencia –como en la gestión de los usos público y privado de la razón–, no por ello es un proceso irracional. Por otra parte, el riesgo que comporta la actitud crítica no es tanto el de las desobediencias como el de poner en juego la propia constitución subjetiva. Deviniendo formador de sí mismo, el sujeto se arriesga a sí mismo en su formación, pero a través de una estética de sí o de la capacidad de transformarse a sí mismo en ese desanudamiento de la coacción a determinado juego entre verdad y poder. Como lo señala Judith Butler,

El yo se forma a sí mismo, pero se forma a sí mismo dentro de una serie de prácticas formativas que Foucault caracteriza como modos de subjetivación. Que la paleta de sus formas posibles esté delimitada de antemano por dichos modos de subjetivación no significa que el yo no consiga formarse a sí mismo, que el yo esté totalmente formado. Al contrario, se le obliga a formarse, pero formarse a sí mismo en formas que ya están más o menos operando y en proceso. O, podría decirse, se le obliga a formarse dentro de prácticas que ya están más o menos funcionando. Pero si esa formación de sí se hace en desobediencia a los principios de acuerdo con los cuales una se forma, entonces la virtud se convierte en la práctica por la cual el yo se forma a sí mismo en desujeción, lo que quiere decir que arriesga su deformación como sujeto, ocupando esa posición ontológicamente insegura que plantea otra vez la cuestión: quién será un sujeto aquí y qué contará como vida; un momento de cuestionamiento ético que requiere que rompamos los hábitos de juicio en favor de una práctica más arriesgada que busca actuar con artisticidad en la coacción (2001).



De modo que, con la actitud crítica, Foucault expresa la propia intervención en la formación de nosotros mismos, completando la idea de artes de la vida y estéticas de la existencia que son la hipérbole de su anti-fundacionalismo, aunque no por ello una ética de lo individual, un puro esteticismo desinteresado o una práctica anárquica en la formación de sí consigo, como en algunos casos ha sido interpretado. No se trata de una estetización a costa de lo político, sino por el contrario, de encarar lo político desde lo ético, involucrando el sí mismo en las estrategias de gobierno, y de ofrecer por medio de este *ethos* las posibilidades de resistencias al poder político.

Retomando la idea del cuestionamiento de las relaciones entre saber y poder, Foucault encara de otra forma el problema que ya había sido formulado por la Escuela de Frankfurt, a propósito de su “teoría crítica”: que es en la razón misma donde hay que buscar los excesos de poder, sobre todo del proyecto moderno que la enarbolaba como la garante del progreso, cuestión que los frankfurtianos desnudaron a partir de la crítica al positivismo, el objetivismo y de la tecnificación, desenmascarando una visión ingenua de la ciencia y mostrando los modos de dominación sociales y políticos. Por su parte, Foucault habla de la crítica como una práctica histórico-filosófica (que no es una filosofía de la historia, ni una historia de la filosofía) que tiene por objeto las “relaciones entre las estructuras de racionalidad que articulan el discurso veraz y los mecanismos de sujeción ligados a él” (2018, p. 61-62). En otras palabras, las relaciones entre sujeto y verdad, o como hemos referido antes, la posibilidad de estudiar la emergencia conjunta de modos de objetivación y modos de sujeción.

## Concluyendo

Hemos trabajado en torno a la cuestión de la crítica desde una perspectiva filosófica, abordándola como método de trabajo teórico, pero también como un *ethos* o actitud, de implicancias subjetivas.

En cuanto aporte para las metódicas en las ciencias humanas y sociales, nos resultó relevante la necesidad de decir que no tenemos que negociar con los fórceps metodológicos pre-establecidos para nuestras disciplinas. Sin lugar a dudas hay estrategias cualitativas y cuantitativas que son eficaces para determinadas investigaciones, pero el “método” no se reduce a ellas, sino que puede haber tantas metódicas como objetos de estudio. En segundo lugar, frente a una concepción de la producción del conocimiento que sostiene la neutralidad valorativa, nos posicionamos en una epistemología crítica, que atiende las condiciones históricas y políticas de emergencia conjunta de sujetos y objetos. Sobre esta última consideración es que abordamos el trabajo de Foucault, puesto que, con ese desplazamiento de una crítica trascendental a una crítica histórica, ha realizado una gran contribución sobre nuestros modos de trabajo.<sup>10</sup>

Sobre una caracterización de qué no es la crítica, dijimos que no puede pensarse –tal vez como corrientemente se piensa– que se trata de forma de rechazo o de descalificación, de un ejercicio de la polémica, aunque tampoco con una forma de análisis a partir del cual se encontraría la mejor solución. La crítica no dice qué es lo que se debe hacer, tarea propia de la política. Sería confundir los ámbitos del gobierno y de cómo no ser gobernados de la manera en que somos gobernados, lo que hemos mostrado gracias a una genealogía de la crítica como una actitud.

Hemos delimitado el trabajo de la crítica a partir de la consideración de los *a priori* históricos de una experiencia posible:

---

<sup>10</sup> Pensábamos, por ejemplo, cómo el trabajo con *a priori* históricos de una experiencia posible, y en general ese ejercicio de problematización a la política, ha permitido avanzar con una labor más “microfísica” en las relaciones entre el poder y la vida, pudiendo mostrar cómo la historia alcanza y determina a las vidas singulares o, dicho de otro modo, cómo la historia se pliega en las biografías, como puede encontrarse en los trabajos de Didier Eribon (2019) o Didier Fassin -que trabaja en el cruce del trabajo genealógico y la etnografía- (2018a, 2018b), y en otro sentido también el trabajo de Judith Butler sobre “vidas precarias” (2017).

es decir, a partir de hacer confluír en el análisis histórico la relación entre formas de veridicción, procedimientos de gubernamentalidad y formas de relación de sí consigo, en rechazo de universales y trascendentales, y con atención a la llegada de lo inédito, de la apertura a futuros que no son posibles de legislar de manera anticipada, puesto que la crítica no legisla ni gobierna. Una *prueba histórico-práctica de los límites que podemos franquear*, dijimos, y en ese sentido, hemos considerado la crítica como un *ethos*, como el trabajo de nosotros mismos sobre nosotros mismos en nuestra condición de seres libres.

Sobre el ejercicio de la crítica, dijimos que se trata de la posibilidad de plantear un problema a la política, lo que Foucault define con el nombre de “problematización”: interpelar a la política sobre sus discursos de verdad, sobre su propia razonabilidad. De manera que esa es la reacción que la crítica tiene con el problema del gobierno, como forma de resistencia política, como *voluntad de no ser gobernados de esta manera*, atribuyéndose los sujetos, y gracias a ella, el derecho de interrogar a la verdad sobre sus efectos del poder y al poder sobre sus discursos de verdad.

Finalmente, trabajamos sobre las implicancias subjetivas de la crítica, en cuanto el tipo de análisis busca determinar lo que queremos aceptar, rechazar, o cambiar de nosotros mismos en nuestra actualidad. Tal y como lo hemos presentado, la actitud crítica sortea el problema de las libertades formales y la obediencia civil -algo que en la respuesta kantiana a la Ilustración es ambiguo-, presentándose como actitud de indocilidad y de desobediencia, que no se reduce a una actitud racional o a la libertad formal de decir lo que pienso, sino de tramitar efectivamente la oposición voluntaria al modo en que se es gobernado, una *inservidumbre voluntaria, una indocilidad reflexiva*. La *desujeción de una política de la verdad* es el *quid* de las resistencias políticas que plantea la crítica como actitud: en cuanto interviene la posibilidad de modificar la relación entre el sujeto y lo que de antemano se ha establecido como verdadero, y

cuyo riesgo parresiástico pasa por poner en juego la propia constitución subjetiva, por el desanudamiento de la configuración de una experiencia que necesariamente invita a una nueva invención subjetiva, y a plantear la pregunta *¿cómo ser otros de los que somos?*.

## Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio (2019). *¿Qué es real? La desaparición de Majorana*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- AGAMBEN, Giorgio (2018). *Signatura rerum. Sobre el método*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- AGAMBEN, Giorgio (2017). *El uso de los cuerpos*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- BUTLER, Judith (2017). *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Paidós.
- BUTLER, Judith (2001). *¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault*. En: Instituto europeo para políticas culturales progresivas, Mayo 2001. Recuperado de <http://eipcp.net/transversal/0806/butler/es>. Trad. Marcelo Expósito.
- DÍAZ, Esther (2000). *La posciencia. El conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*. Buenos Aires, Biblos.
- ERIBON, Didier (2019). *Principios de un pensamiento crítico*. Buenos Aires, El cuenco de plata.
- FASSIN, Didier (2018a). *Castigar. Una pasión contemporánea*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- FASSIN, Didier (2018b). *Por una repolitización del mundo. Las vidas descartables del siglo XXI*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI.
- CHIGNOLA, Sandro (2018). *Foucault, más allá de Foucault. Una política de la filosofía*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Cactus.
- FOUCAULT, Michel (2004). *La arqueología del saber*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- FOUCAULT, Michel. (2010a). Foucault. En: *Obras esenciales*. Madrid: Paidós.

- FOUCAULT, Michel (2009). *El Gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de France 1982-1983*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, Michel (2001). *La hermenéutica del sujeto. Curso en el Collège de France 1981-1982*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, Michel (2008). *Historia de la sexualidad 2: El uso de los placeres*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- FOUCAULT, Michel. (2010b). Polémica, política y problematizaciones. En: *Obras esenciales*. Madrid: Paidós.
- FOUCAULT, Michel (2018). *¿Qué es la crítica?* Seguido de *La cultura de sí*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- FOUCAULT, Michel. (2010c). ¿Qué es la Ilustración? En: *Obras esenciales*. Madrid: Paidós.
- FOUCAULT, Michel. (2010d). La verdad y las formas jurídicas. En: *Obras esenciales*. Madrid: Paidós.
- KANT, Immanuel (2008). *Crítica de la razón pura*. México, Porrúa.
- KANT, Immanuel (2013). *¿Qué es la Ilustración?* y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia. Madrid, Alianza.
- LEMKE, Thomas (2012). *Foucault, governmentality, and critique*. Boulder, Paradigm Publishers.
- SAMAJA, Juan (2000). *Semiótica y Dialéctica*. Buenos Aires, JVE.
- VIGNALE, Silvana (2019). Ciencias sociales y principio de incertidumbre. BORDES, agosto-octubre de 2019, año 4 número 14, ISSN 2524-9290, pp. 41-47. Recuperado a partir de <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/553>
- VIGNALE, Silvana (2013). "Foucault, actitud crítica y subjetivación". Cuadernos de Filosofía. Nro. 61. Buenos Aires, Primavera 2013. Instituto de Filosofía, Universidad de Buenos Aires. ISSN 0590-1901 (impreso)ISSN 2362-485x (en línea). Pp. 5-17. <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CdF/article/view/2440>
- VIGNALE, Silvana (2018). Ilustración y uso prudente de la razón, hacia una actualización desobediente de la crítica. En: *Revista Barda: Posfordismo, sociedades de control y neoliberalismo*. Año 4, Nro. 6, 2018. Centro de Estudios de Filosofía de la

- Cultura, Universidad Nacional de Comahue. Pp. 117.131.ISSN 2469-1135. En línea: <http://www.cefc.org.ar/revista/index.php/portfolio-item/numero-6-julio-2018/>;
- VIGNALE, Silvana (2017a). Neoliberalismo, presente y subjetivación: hacia nuevas formas de lo crítico. Revista El Arco y la Lira. Tensiones y debates filosóficos. Número 5. Dossier: Revisitando la crítica foucaultea al neoliberalismo. ISSN 2344-9292. PP. 17-28. <https://www.revistaarcoylira.com.ar/copia-de-numero-4>.
- VIGNALE, Silvana (2017b). “Notas epistemológicas sobre las relaciones entre sujeto y verdad: el cuerpo como inquietud”. En: Ambrosini, Cristina, Andrés Mombro y Pablo Méndez (comp.) (2017). *Tradiciones y rupturas. Modulaciones epistemológicas IV. El escenario argentino e iberoamericano*. De la UNLa.
- VIGNALE, Silvana y Luciana Alvarez (2018). Prácticas de libertad en la gubernamentalidad neoliberal: claves para pensar la desobediencia en los bordes del sujeto. XI Coloquio Internacional Michel Foucault “*Foucault e as praticas da libertade*” (Florianópolis, 2018).

# Notas latinoamericanas para una filosofía política materialista de los derechos

*Sebastián Torres*

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e381>

## 1. La cuestión de los derechos

Desde la segunda mitad del siglo XX la teoría social y la filosofía han desarrollado, desde perspectivas muy diversas, una crítica al sujeto soberano que encuentra en el sujeto de derechos su matriz paradigmática. El supuesto de un individuo libre y consciente, propietario de sí mismo y moralmente autónomo, se encuentra presente como premisa teórica y práctica casi exclusivamente en la esfera del derecho. Esfera que, lejos de ser restricta, se encuentra integrada a la vida social y cultural, a la política y sus instituciones. Último gran pilar de la modernidad occidental, no se mantiene incólume teóricamente, pero se sostiene como única “condición de posibilidad” para pensar un orden social racional, que, por otra parte, parece desmoronarse en procesos multicausales cada vez más acelerados.

Esto es, sin embargo, parte de una evaluación que debiera contrastarse con la persistencia de las luchas por los derechos sostenidas por movimientos sociales y políticos de las más diversas características. Así como, por otra parte, todo un ciclo de gobiernos populares latinoamericanos, los únicos que a inicios del siglo XXI representaron una alternativa regional concertada ante el avance global del neoliberalismo y el neoconservadurismo, hicieron de los derechos, bajo diferentes figuras –como la

“ampliación de derechos”, la “restitución de derechos” e incluso la “invención de nuevos derechos” –, un eje fundamental de sus políticas contra-hegemónicas. Un motivo que, en contadas excepciones, fue considerado por la teoría como una dimensión que nos comprometía a una revisión crítica de la larga tradición de cuestionamiento e impugnación a la teoría, el discurso y la política de los derechos.

Esta persistencia de los derechos no asume, sin embargo, un programa de refundación liberal de las democracias contemporáneas: tradición que reclama la exclusividad histórica de este pilar de la teoría social y política. Por el contrario, entre la crisis del sujeto moral y su fundamentación y la crítica sostenida ante el individualismo, emerge la historicidad y politicidad de los derechos, sosteniendo su presencia en diferentes escenas contemporáneas: las ya débiles teorías fundacionalistas son sustituidas por las prácticas históricas concretas. ¿Eso significa que la teoría tiene poco para decir sobre los derechos? ¿Significa que la función crítica de la teoría sólo puede limitarse –y la tarea no es menor– a despejar metafísicas de la naturaleza y la razón? Si los derechos pueden ser explicados mediante las luchas por los derechos, ¿pueden ser considerados solo como un conjunto de reglas específicas, un código de las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados, que solo perduran por su relativa eficacia, en las transacciones donde se intercambian bienes por legitimidad? ¿Es posible pensar los derechos desde una perspectiva realista, histórica, a partir de las luchas y las relaciones de poder (Tilly, 2004), sin quedar atrapado en un materialismo reduccionista, que estreche sus posibilidades políticas?

## 2. Los derechos como relación

En el Curso del Colegio de Francia de 1978-1979, Michel Foucault señalará la heterogeneidad entre el sujeto de derecho y el *homo economicus*, no superponibles ni gobernables bajo la misma racionalidad (Foucault, 2007: 334-335) y que, junto a otros análisis del capitalismo contemporáneo, constata el



fracaso –o, por lo menos la inactualidad– del liberalismo ante la subjetividad. La crítica al sujeto soberano como sujeto de derecho ya había sido planteada en curso del Colegio de Francia de 1975-1976 y, de diferentes maneras, recorre toda su obra. Menciono a Foucault, entre la extensa serie de críticos al sujeto de derecho, porque incluso en la radicalidad que caracteriza su crítica, también sugirió “encaminarnos hacia un nuevo derecho, que fuera antidisciplinario pero al mismo tiempo estuviera liberado del principio de la soberanía” (Foucault, 2006: 46). Cuál sea ese nuevo derecho, sabemos, no formó parte del plan de sus investigaciones, aunque en una entrevista introduce un concepto que orientará nuestras notas:

Que los derechos individuales habiliten hacer lo que uno quiera, ¡está muy bien! Pero si lo que queremos es crear nuevos modos de vida, entonces la cuestión del derecho del individuo no es pertinente. En efecto, vivimos en un mundo legal, social, institucional en el cual las relaciones posibles son extremadamente pocas, extremadamente esquematizadas y extremadamente pobres [...] Más que hacer valer que los individuos tienen derechos fundamentales y naturales, debemos tratar de imaginar y crear *un nuevo derecho relacional* que permita que todos los tipos posibles de relaciones puedan existir y no sean impedidos, bloqueados o anulados por instituciones relacionalmente empobrecedoras (Foucault, 1994:309)<sup>1</sup>.

El concepto de *relación*, única pista que nos ofrece Foucault, reaparecerá en Etienne Balibar, como parte de su análisis sobre la sexta *Tesis sobre Feuerbach* de Marx: “Feuerbach resuelve la esencia religiosa en la esencia *humana*. Pero la esencia humana no es algo abstracto e inmanente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales”

---

<sup>1</sup> Tomamos la traducción del pasaje, de la tesis doctoral de Julia Monge (2018), “Política de la verdad, filosofía y formas de vida en Foucault: de Nietzsche a un nuevo materialismo”, donde desarrolla una lectura materialista de Foucault que permitiría desarrollar, a partir del concepto de “materialismo polémico” que propone, lo que nosotros hemos planteado sólo como una indicación.

(Marx, 1992:230-231). Balibar encuentra en los términos “conjunto”, “relaciones” y “sociales” una equivalencia, orientada al cuestionamiento de las ontologías presuntamente antagónicas que hacen del individuo o el género una realidad primera, un sujeto –el individuo, la humanidad– del cual se predicen propiedades esenciales y accidentales.

En efecto, las relaciones de las que hablamos no solo no son nada más que prácticas diferenciadas, acciones singulares de los individuos, ejercidas por unos sobre otros, sino que esta ontología transindividual implica por lo menos una resonancia con enunciados como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (con frecuencia considerada muy erróneamente como un texto “individualista”) y, más aún, con la práctica de los movimientos revolucionarios: una práctica que jamás *opone* la realización del individuo a los intereses de la comunidad, que ni siquiera los *separa*, sino que siempre procura realizarlos uno por el otro. Puesto que si bien es cierto que, en último análisis, sólo los individuos pueden ser portadores de derechos y formular reivindicaciones, la conquista de esos derechos o la liberación (e incluso la insurrección) son no menos necesariamente colectivos (Balibar, 2000:38)<sup>2</sup>.

Abocado a establecer los lineamientos de una ontología relacional no escrita en la obra de Marx, que cuestionaría no solo la concepción economicista y determinista del concepto de relación social, sino también a toda la metafísica precedente, Balibar solo sugiere una *resonancia*, que conduce directamente a la Declaración de los Derechos de 1789, recusando su carácter puramente “individualista”. Esta dirección que le imprime a

---

<sup>2</sup> El concepto de transindividualidad –en el que no nos detendremos aquí– es recuperado por Balibar (2009) a partir de una lectura de Spinoza leído bajo esta categoría tomada de Gilber Simondon. Para la discusión sobre las categorías modernas, provenientes del jusnaturalismo, la recuperación de la filosofía de Spinoza será central. Así como Balibar, Antonio Negri rescatará el concepto spinoziano de *multitud*, orientado también a una crítica del individualismo y el universalismo (1993 y 2000). Una fundamental lectura crítica a través de Spinoza, para pensar Latinoamérica, es realizada por Abdo Ferez (2013).

las posibilidades teóricas y políticas del concepto de relación, para Balibar no supone apartarse totalmente de la crítica a la Declaración de Derechos realizada por Marx en *La cuestión judía* (aunque la crítica a su interpretación individualista atañe también a Marx), todavía una referencia fundamental para Balibar (2014), como para gran parte de la crítica contemporánea<sup>3</sup>. Lo que permite revisar es el supuesto corolario que indicaría abandonar (o superar) la política de los derechos. Abandono que, por otra parte, se ha desprendido –y no sin razones, como sucede con Marx– también de la crítica foucaultiana.

Si Foucault sugería pensar otro derecho en términos relacionales, Balibar nos dice que pensar un derecho relacional es también, pensar de otro modo los derechos y sus historias. La posible divergencia<sup>4</sup>, sin embargo, no impide notar que, en ambas indicaciones, el concepto de relación es tanto un concepto crítico como positivo.

El concepto de relación remite, en primera instancia, al primado de la relación por sobre los términos de la relación, esto significa que no son las cualidades esenciales de los términos los que determinar cuáles relaciones son naturales y cuáles son accidentales, sino que el primado de la relación determina los términos de la relación, derivándolos de ella. Ni el individuo ni el género son esencias originarias, sino abstracciones resultado de determinadas relaciones (como lo indicaría la 6ta tesis marxiana). Determinación que no es trascendental sino inmanente, constituida por prácticas concretas y, por tanto, plurales (por lo que debiéramos hablar de relaciones, en plural). Es en y por ese tejido de relaciones que nos individuamos y se producen determinadas estructuras (relaciones que se reproducen y duran en el tiempo). Como lo señala Morfino (2010 y 2014) –cuyos trabajos representan el desarrollo más sistemático y original realizado sobre este

<sup>3</sup> Para mencionar dos de las más recientes relecturas de Marx a propósito de la crítica contemporánea de los derechos, se puede ver Žižek (2011) y Brown (2007).

<sup>4</sup> Para una relación entre Foucault y Balibar, también a propósito de Marx, remito nuevamente a Monge (2018).

concepto— hablar de una ontología relacional sería un oxímoron, dado que el término relación sería directamente opuesto a los de sustancia o esencia, que clásicamente han definido a la ontología; pero es esta contradicción, entre lo necesario y lo contingente, entre lo inmutable y lo cambiante, entre lo universal y lo singular, se encuentra todo el potencial teórico del concepto.

¿Pero, es posible pensar los derechos a partir de esta ontología relacional, como lo sugiere Balibar? La ganancia crítica, que permite cuestionar al sujeto soberano podría, sin embargo, pasar por alto una dimensión constitutiva de los derechos: la diferencia entre hecho y derecho. Esto no supone, como veremos, asumir que los derechos posean necesariamente una naturaleza ideal o racional normativa: como sostiene Rinesi, se reclama un derecho cuando de hecho no se lo tiene (2015) y es ese modo del (no) ser de los derechos lo que los hace irreductibles a un hecho o una realidad, expresando una tensión entre hecho y derecho que no se corresponde plenamente con la distinción entre *ser* y *deber ser*. Por lo que, una teoría relacional de los derechos, que los reduzca a las relaciones *fácticas* que constituyen a los individuos, podría perder esa dimensión política que opera entre lo real y lo simbólico, y que es constitutiva de su práctica. O, en otros términos, el carácter relacional de los derechos no puede ser reductible a las “relaciones sociales” sin más y a una definición unívoca de la práctica.

Por lo demás, el alcance de esta perspectiva filosófica para interrogar los dualismos que están supuestos en la bifurcación entre ciencias sociales descriptivas y ciencias normativas (como la ética y el derecho), aunque no será directamente tematizado, quedará entre líneas, como parte de los efectos críticos de nuestro abordaje.

### **3. Lo real, lo simbólico, lo relacional: indeterminación y pluralidad**

“Derechos del Hombre y política” de Claude Lefort es una de las más influyentes intervenciones, que abrieron una vía para

pensar la dimensión política y democrática de los derechos, a partir de una relectura de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 (sin duda, antecedente de la referencia de Balibar).

A partir de una crítica a la crítica de Marx en *La cuestión judía*, donde los derechos serían reducidos a una estructura ideológica de alienación que ocultaría las relaciones sociales capitalistas individualistas, pero también –y por extensión– a la dominante lectura liberal, que funda los derechos en una naturaleza humana (individual o genérica), esto es, a dos formas a partir de las cuales los derechos son remitidos a un *factum*, Lefort encuentra en la Declaración de derechos uno de los momentos fundamentales de lo que denomina la indeterminación democrática. Caracterización de la “revolución política moderna”, en donde se produce una disociación entre las instancias del poder, la ley y el saber, donde el derecho representa una exterioridad no subsumible al poder, consecuencia de que ningún término posee un punto de arraigo cierto e indiscutible. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano representaría la concreción histórica de esta indeterminación. Si bien en los derechos el hombre aparece como un nuevo punto de arraigo, presentes en su naturaleza y en cada individuo, cuando interrogamos ese lazo, Lefort indica que surgen tres paradojas:

Primera figura de la paradoja: la sociedad se concibe como sociedad de hombres libres e iguales, sociedad idealmente una, en este sentido, y homogénea. Sin embargo, como ya hemos dicho, más allá del enunciado de los derechos naturales y dentro de su enunciado mismo se indica una mutación esencial, pues en lo sucesivo esta sociedad muestra ser incircunscrible, ya no puede relacionarse consigo misma en todos sus elementos ni representarse como un solo cuerpo, privada como está de la mediación de un poder incorporado. En otros términos, quedan reconocidos modos de existencia, modos de actividad, modos de comunicación

cuyos efectos son indeterminados; y, por la misma razón, ellos desbordan la órbita del poder. Segunda figura de la paradoja: los derechos del hombre están enunciados; lo están como derechos que pertenecen al hombre, pero, simultáneamente, el hombre se revela a través de sus mandatarios como aquel cuya esencia es enunciar sus derechos. Imposible separar el enunciado de la enunciación, por cuanto nadie podría ocupar el lugar, a distancia de todos, en el que tendría autoridad para otorgar o ratificar derechos- Por lo tanto, no es que simplemente los derechos sean objeto de una declaración: es de su esencia declararse. Tercera figura de la paradoja: los derechos del hombre se presentan como derechos de los individuos, y los individuos aparecen como otros tantos pequeños soberanos independientes reinando cada uno sobre su mundo privado, como otras tantas microunidades desligadas del conjunto social; pero esta representación invalida otra: la de una totalidad trascendente a sus partes. Esta representación pone de manifiesto una dimensión transversal de las relaciones sociales de las que los individuos son términos, pero que confieren a éstos su identidad al mismo tiempo que ellos mismos las producen (1990:23-24).

De estas tres paradojas Lefort extrae algunas conclusiones: si por una parte el individuo impugna la unidad y homogeneidad del poder y la sociedad, por otra parte, es productor de una heterogeneidad de relaciones sociales que muestran su interdependencia; si, por una parte, los derechos aparecen como propiedades naturales o propiedad privada, en su realidad existen como potencia performativa, en su enunciación. Y, por lo tanto, la crítica al hombre sin atributos o determinaciones dirigida al sujeto de derechos abstracto “no se disocia de lo *indeterminable*”, donde radica la revolución política democrática. Excediendo a todo poder que pretenda determinarlos, también “su formulación contiene la exigencia de su reformulación o que los derechos están necesariamente llamados a sostener derechos nuevos”. De esta manera, “el Estado democrático excede

los límites tradicionalmente asignados al Estado de derecho. Sufrir el ejercicio de derechos que todavía no tiene incorporados” (1990:24-25).

En Lefort emerge una dimensión relacional de los derechos (tanto social como performativa y, por ello, también el concepto de *práctica*), que cuestiona su caracterización individualista, pero el énfasis en la potencialidad democrática que portan los derechos radica fundamentalmente en mantener siempre abierta su constitutiva indeterminación, dada la indeterminación del sujeto de los derechos, lo que hace posible la revisión e institución permanente de nuevos derechos: un quién tendencialmente inclusivo porque indeterminable, a partir de un cómo democrático, en cuanto práctica política, donde “el derecho establecido queda sujeto a cuestionamiento” (Lefort, 1990:25).

Lefort sólo considera esta operación a partir de la forma que adopta la formulación de los derechos modernos, sin relevar que además los derechos son también, porque relacionales, constitutivamente *plurales*, y su potencialidad democrática no radica solo en su capacidad inclusiva infinita a partir de la universalidad vacía que “representan”, sino también en la modificación permanente de la trama relacional que se constituye, cada vez que un derecho instituido es ampliado o nuevo derecho es enunciado. La fundamental lectura no liberal de los derechos liberales que nos propone Lefort, puede encontrar sus límites, por ejemplo, en los “derechos diferenciales”, asociados a relaciones siempre determinadas y vinculados a colectivos, al establecer una relación con lo real, que Lefort se esfuerza por mantener a distancia del orden simbólico propio de los derechos.

La indeterminación lefortiana de los derechos, recupera la dinámica democrática en una pluralidad de sujetos –contemporánea a la centralidad que adquirieron los movimientos sociales en la década del 80– aunque encuentra su adhesión en las sociedades democráticas a partir de un doble reaseguro: al indicar la imposibilidad de excluir a “cualquier” individuo de

un enunciado de derechos, y al hacerlos depender de una “conciencia de los derechos”. Estos reaseguros, por una vía negativa y positiva, si bien siempre se mantienen en una tensión con su institucionalización, también tienden a restituir un sujeto individual como punto de anclaje.

Los derechos, declarados en diferentes luchas, son una pluralidad. La pluralidad es constitutiva de su propia trama material y simbólica. No presuponen su representación a priori en un sistema y su valencia política no depende de su traducibilidad en un marco legal y normativo. Su irreductibilidad a un sistema jurídico determinado no está dada –o no solamente– por el principio indeterminado que expresan, sino porque esa pluralidad se resiste a asumir un equivalente general de todos los derechos, una *reductio ad unum* (como el derecho a la vida, a la libertad, o cualquier otro derecho en particular) que haga posible una aritmética jurídica o política que resuelva su orden, jerarquía y relación.

Considerados en su pluralidad, cada derecho se liga con otro como los hilos de una trama cuyo tejido no tiene centro ni periferia, ni supone una relación causal necesaria. Cada derecho es un punto de intersección, una puesta en relación: al anudarse con uno y otro derecho, afecta y es afectado en su composición y sentido. Trazando vínculos no exentos de opacidades y desacuerdos, ningún derecho se mantiene incólume cuando se liga a otros. Podríamos decir que su indeterminación no radica solo en su carácter universal vacío, sino principalmente en su sobre-determinación (entre condiciones materiales y simbólicas interdependientes), en cuanto derechos relacionales. Así, cuando un “nuevo derecho” es incorporado, reconocido, incluso ya desde el plano de las luchas (previo a su modo y posibilidad de institucionalización), cambia también el conjunto de los derechos, traza nuevas relaciones, contenidos y posibilidades.

El reenvío de la conquista de derechos a su traducción como derecho-propiedad individual, propia de la tradición liberal, forma parte de una estructura de contención ante sus



imprevisibles posibilidades. Por ejemplo, las luchas por los derechos laborales, relativas a la jornada laboral –que atravesaron el siglo XIX, XX, así como el nuestro– afecta directamente el alcance y contenido del derecho a la libertad, introduciendo una dimensión colectiva donde solo rige el derecho individual a la libre disposición de la fuerza de trabajo, pero también abre el horizonte a otros derechos, desde la salud, a la educación, la cultura, el derecho a la libre asociación, etc. Así como, a la inversa, es constatable cómo la suspensión transitoria del derecho a la libre movilidad que caracteriza la pena en el sistema carcelario, termina afectando –en algunos casos suprimiendo de hecho, en otros alterándolos sustantivamente– toda otra serie de derechos que se supone permanecen incólumes<sup>5</sup>.

#### 4. Entre el “derecho a tener derechos” y la dominación.

En una de sus lecturas sobre el motivo arendtiano del “derecho a tener derechos”, Balibar señala que Arendt podría aproximarse al Marx de la *6ta Tesis sobre Feuerbach*, al postular la condición humana a partir de la pluralidad, pero se distanciaría de Marx al separar la esfera de las relaciones naturales y necesarias de la esfera política, siendo ésta última la que hace posible el espacio público y la libertad, no determinado o mediado por la necesidad. De esta manera, y planteado en

---

<sup>5</sup> En un trabajo que realizamos entre 2007 y 2009 desde un programa de la Universidad Nacional de Córdoba orientado a formación en derechos humanos para el sistema penitenciario, fue en los mismos talleres realizados con los internos que, intuitivamente, comenzó a aparecer esta dimensión relacional de los derechos, ante las limitaciones que el modelo in-formativo de la formación en derechos tiende a ofrecer. Uno de los temas discutidos allí fue, por ejemplo, de qué manera se han sostenido las demandas por el derecho al voto de los individuos privados de su libertad, y qué alcance cobra este derecho fundamental, cuando es limitado al acto electoral, pero privado del derecho a la libre participación, asociación, representación, expresión pública, libre acceso a la información, inviolabilidad de la correspondencia, derecho a la protesta, etc.; es decir, reducido a un acto de delegación del poder, sin las múltiples relaciones asociadas de manera directa o indirecta a las prácticas cívicas. Emergían así, no solo el problema de la violencia institucional y el acceso a la justicia, sino también un modo de administración del posible reconocimiento de un derecho, enmarcado en un sistema de atomización y neutralización de los derechos.

los términos que venimos desarrollando, el espacio “entre” los hombres, la pluralidad humana (*Inter homine esse*) siempre se encuentra vacío de determinaciones y es lo que hace posible la libertad, que es la relación política fundante: “La política surge en el *entre* y se establece como relación” (1997:46).

Es en la relación política, propia de la acción concertada, donde Arendt indica que se encontraría una respuesta a la paradoja de los Derechos del hombre desarrollada en el capítulo IX de *Los orígenes del totalitarismo*, “La decadencia de la Nación-Estado y el final de los derechos del hombre” (1994), donde los supuestos derechos naturales, universales e inalienables, carecieron de toda existencia y eficacia, toda vez que no había un Estado para garantizarlos.

si la abolición de los derechos del ciudadano significa también la destrucción de los derechos del hombre, es porque en realidad los segundos reposan sobre los primeros y no a la inversa. Al respecto existe una razón intrínseca, inherente a la noción misma de «derechos» y a su carácter relacional, o más exactamente, a la idea de reciprocidad que les es inherente: los derechos no son «propiedades» o «cualidades» que los individuos poseen cada uno por cuenta propia, sino *cualidades que los individuos se confieren los unos a los otros*; y es precisamente por ello que se confieren los unos a los otros instituyen un «mundo común» en el que éstos pueden ser considerados responsables de sus acciones y opiniones. Ahí estriba la importancia crucial que adquiere la fórmula «derecho a tener derechos»: el *derecho a tener derechos* es precisamente aquello de lo que son privados los «sin Estado» y más generalmente los individuos y los grupos de excluidos que se multiplican en las sociedades contemporáneas. Y entre los derechos de los que son privados los individuos, debemos incluir el derecho *político* fundamental de exigir o de *reivindicar sus derechos*, o el «derecho de petición» en el sentido de la época clásica. La tesis recíproca que se deriva, es que el derecho «primero» es justamente el «derecho a tener derechos»,

tomado absolutamente, o en su *indeterminación* [...], y en ningún caso un derecho «estatutario» particular. En este sentido, se trata de un derecho sin fundamento *a priori*, tan contingente como lo es la comunidad política ella-misma, o más precisamente, la existencia de *una comunidad de acciones políticas*, un compromiso simultáneo de los individuos en la acción política común (Balibar, 2007:92-93).

De los varios elementos presentes en el análisis (que se multiplican a lo largo de todo el texto), quisiera tomar uno, ligado al carácter relacional de la noción de derechos, que Balibar denomina “reciprocidad” y que bien podría ser leído en términos de reconocimiento. Porque, como venimos sosteniendo, si los derechos no son propiedades naturales, pero tampoco propiedades formales dependientes de la representación estatal, tener un derecho no significa otra cosa que establecer una relación de mutua y necesaria atribución. Nada hay menos individual que un derecho, puesto que solo existe en su reconocimiento por otro, que a su vez y por ello es recíprocamente reconocido. Podríamos decir también que la performatividad indicada por Lefort sobre el carácter declarativo de los derechos opera aquí horizontalmente, y por tanto los derechos son primariamente una relación que solo es posible *entre* los individuos, instituyendo un espacio común. De acuerdo a Balibar, para Arendt “con rigor, se debería afirmar que los seres humanos «son sus derechos», o existen *por o a través* de ellos” (2007:94), en un sentido que vuelve sobre la proximidad con 6ta tesis marxiana.

Sin embargo, el “derecho a tener derechos”, en cuanto “derecho *político* fundamental”, primero en relación a cualquier otro, indeterminado en su contenido, pero determinante de la constitución del espacio político que hace posible los derechos, reproduce la diferencia ontológica entre una pluralidad como condición de la libertad y una pluralidad derivada o equivalente al carácter relacional de la condición humana: al conjunto de las relaciones sociales (en los términos de Marx). Si no escindimos una de otra, es en cada demanda de derechos y sólo en esa

demanda donde cobra existencia el derecho a tener derechos, puesto que el derecho como relación, como dimensión que se da “entre” los individuos, no es un espacio vacío que hace posible la libertad y, por ella, los derechos, sino un espacio saturado por múltiples relaciones, en las que los derechos interfieren produciendo una alteración, tanto en su novedad, como en su trama<sup>6</sup>.

Podríamos afirmar que quienes luchan por derechos, no luchan primariamente por una inscripción individual institucional/legal, para modificar su condición de sujetos excluidos e ingresar al universal abstracto de la ciudadanía plena: luchan para erradicar una condición de desigualdad, una asimetría, una relación de dominación o sujeción que consideran injusta, discriminatoria, agravante, y que los tiene a “ellos” sometidos. Para los “nadie” de un sistema jurídico, político y cultural determinado, no es precisamente por la afirmación de sus propiedades compartidas con otros que pueden ser portadores de derechos. Su universalización tiene su eficacia no en el inicial “todos” positivo que supone una propiedad común, pero tampoco en un “todos” indeterminado, sino en la desposesión que delata su ausencia y desencadena su eficacia política y social. Con Rancière, podría afirmarse que “Los derechos del hombre son los derechos de aquellos que no tienen los derechos que tienen y que tienen los derechos que no tienen” (2011:13), para marcar un desplazamiento que, sin embargo, siempre tensa una condición, una ausencia de condición y un desacuerdo sobre las “condiciones para”: los *nadie* sujetos a relaciones asimétricas, que sostienen que *ninguno* pueda ser sometido, intervienen en una relación dada, de la que socialmente participan solo *algunos*, para impugnar las condiciones (que pueden ser negativas, por carencia de, o positivas, por lo que son: porque no hay solo

---

<sup>6</sup> Una vía posible para explorar los alcances del concepto de relación, en la interdependencia entre condiciones materiales de existencia y de reconocimiento, se encuentra en la tesis de Ianina Moretti Basso (2020), a partir del concepto de “materialismo performativo” que nos propone para leer a Judith Butler.

una lógica de la exclusión) a partir de las cuales esa relación es autonomizada y aislada de lo común.

Lo inmediatamente dado en el plano de los derechos –lo que remite a una o más relaciones concretas–, es que operan como índices de relaciones de dominación, de opresión, de exclusión, y su enunciación permite arrancar esas relaciones del oscuro espacio de las infinitas relaciones humanas particularizadas, para visibilizarlas como relaciones sociales y elevarlas al plano de un conflicto político; esto es, no un desacuerdo entre particulares (ni falta moral, ni contractual) sino entre partes, que se constituyen de acuerdo a las maneras en que el desacuerdo opera como demarcación de un conflicto. Los derechos son índices de una partición del orden de lo social y del orden de lo institucional. Emergen como “experiencia social de lo (in)justo” (Abdo Ferez, 2016-2017) y es allí donde se trazan las primeras formas del reconocimiento –en el *uno a otro* señalado por Balibar–, pero su enunciado va dirigido al conjunto de la sociedad, puesto que lo que es cuestionado no es una falta individual sino la injusticia de una relación estructurante de la sociedad. Esa dirección es polémica o agonista: entre la unidad y homogeneidad del cuerpo social que se le atribuye a una política de los derechos y los antagonismos que la enunciación de los derechos pone como marcas constitutivas de lo social –entra la unidad y la división–, emerge el hecho de que los derechos son siempre “derechos en los otros”<sup>7</sup>, en el sentido en que implican una atribución, un reenvío a otro, un modo de reconocimiento. Los derechos operan *entre* la unidad y la división, e introducen un diferendo entre un derecho y un privilegio o, en los términos que lo venimos desarrollando, una relación y no una propiedad o status.

---

<sup>7</sup> Como se sigue del desarrollo, el concepto de relación siempre implica a otros, por lo que entendemos que la expresión “en otros” es más pertinente que la –sin duda interesante, pero ambigua– expresión “del otro”, que en diferentes sentidos es utilizada por Lyotard (1993) y Benhabib (2005).

Los derechos no son universales, como bien señala Arendt, pero son universalizables, entendiéndolo con ello un movimiento, un desplazamiento, no un *telos* ni una realización: lo son porque siempre es una parte la que, con su declaración, expone un conflicto, determina una división y demanda a la comunidad pronunciarse sobre ella. Ese pronunciamiento es el reconocimiento de un derecho común a partir de la politización de un conflicto, llevado desde el desacuerdo en donde se constituyen las partes a la institución de un bien común. La pregunta no es, por ello, qué derecho es o no universal, qué enunciación pasa la prueba normativa de su universalización (incluso si éste puede formularse como “el derecho a tener derechos”<sup>8</sup>); la cuestión trata de declarar un conflicto como asunto común, trata de politizar un conflicto como nudo en donde se pone en juego el reconocimiento de un derecho como parte de la trama de relaciones que llamamos sociedad. Su movimiento hacia la universalización no es una tendencial disolución de su conflictividad, aunque siempre corre el riesgo de producir la borratura de su politicidad, la huella de su origen, principalmente por su reenvío normativo al individuo. Sin embargo, la universalidad no puede ocultar su carácter histórico y coyuntural, no deja de exponer su inevitable extensión material y las fronteras de su alcance: la universalización es inevitablemente polémica. Por eso, la tensión no se da sólo ni exclusivamente entre particular y universal, sino entre una lógica universalista y una *conflictualista*.

El conflicto por los derechos y su carácter polémico no puede ser reducido a una tensión o “contradicción” entre derechos diferentes que un individuo hace valer ante otro, reclamando una prerrogativa (como suele ejemplificarse en situaciones donde se visibilizan los conflictos de intereses en la

---

<sup>8</sup> Por eso, consideramos poco productiva la discusión sobre esta expresión arendtiana, cuando se interroga si su estatus es ontológico, moral o formal (Benhabib, 2005; Birmingham, 2017; entre otros), cuando –como es la vía emprendida por Balibar– lo que está en discusión es la politicidad de los derechos, no su “fundamento”.

sociedad), que podría ser resuelta bajo una lógica del reparto. Lo interesante aquí, en términos políticos, es cuando se produce una tensión entre un derecho y una ausencia de derecho, entre quien protege un derecho adquirido y quien reclama un derecho a ser reconocido. Si es posible que se establezcan relaciones de fuerza entre lo existente y lo no existente, es porque uno y otro inscriben su contienda en el conjunto de las relaciones sociales. La positividad de los derechos es uno de los modos en que se dan esas relaciones, pero no la única. El poder de uno y otro depende de la capacidad que tenga para afectar un conjunto más amplio de relaciones: los derechos ponen a lo dado y lo que podría ser de otro modo en un mismo plano de lo real. Por ello, no solo no es necesario reducir los derechos a la positividad de los intereses para poder dar cuenta de la conflictividad que establecen en la sociedad, tampoco es posible circunscribirlos a un modo de relación cuando, como hemos sostenido, pueden implicar al conjunto de las relaciones, en la medida en que es imposible establecer *a priori* el perímetro de su alcance.

## 5. ¿Sujeto de derechos?

Sujeto natural, formal, o histórico, individual, colectivo o universal, son algunas de las tantas formulaciones que atraviesan la pregunta por el sujeto de los derechos y que, entre otros efectos, reproducen y justifican jerarquías normativas entre derechos, en un orden que no es extraño que esté acompañado por una conexión entre la antropología y la filosofía de la historia: hablar de tales o cuales derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, supone, más que una categorización, una jerarquía, un orden y un desenvolvimiento histórico causal y necesario. Se trata de un sujeto de derecho que parece contener en sí ya su universalidad plena, aunque carezca de una realización histórica –puesto lo que siempre falta es la incorporación progresiva de individuos concretos, del particular en el universal, del individuo en el género común a todos. El problema no estaría, desde esta perspectiva, en el modo en que pensamos los

derechos, sino en su concreción, por la permanente intervención de fuerzas que le son extrínsecas y accidentales: déficits institucionales, recursos materiales limitados, prejuicios identitarios, ausencia de un espacio público, diagnósticos generales que coinciden con la descripciones particulares de las sociedades poco desarrolladas (dimensión histórico-descriptivo de la “sinécdoque del universal”, donde la parte que ha sido tomada como el todo, construye por medio de su plenitud su negativo, para designar una particularidad que todavía no puede alcanzar la universalidad).

Al final de *Ciudadano sujeto*, Etienne Balibar se interroga:

¿Qué decir de un sujeto que no sería solamente sujeto “de una” relación (sometido), o colocado por la experiencia, la vida, la historia, la institución “en” una relación o un conjunto de relaciones, sino que sería “como tal” relación, expuesto a los efectos de cambio de la relación que, siempre ya, lo constituye, y como *tomado al inverso* por su desigualdad intrínseca? (2014:331).

La pregunta no se coloca al final de la deconstrucción del sujeto. No llega después del sujeto. Hace posible insistir en la pregunta por quién es el sujeto de los derechos –como también la formulara Rancière–, no solo orientando la pregunta que una teoría crítica dirige incisivamente al concepto de sujeto, también restituyendo la centralidad que adquiere el “quién”, en su materialidad concreta, donde se anudan las condiciones materiales de existencia y de reconocimiento, su *inter-dependencia*, para poder dirigirnos al concepto de derechos desde otra perspectiva, y situar la pregunta en el presente. Porque no se trata de examinar qué es lo que *podrían* los derechos si..., reenviándolos a un plano ideal que adquiere la temporalidad de un aplazamiento, sino abordarlos a partir de lo que *pueden*.

Pensar los derechos como relación, con nosotros mismos, con los otros y con el mundo (lo que incluye, también, a las futuras generaciones), en su pluralidad, conflictividad, disputabilidad, pero también interdependencia, abierta a una



permanente transformación (que, como tal, puede ser emancipatoria, aunque también conservadora, porque, como bien afirma Tilly, los derechos se conquistan pero también se pierden), permite identificar los límites que una concepción del sujeto la impone a una política de los derechos. Pensar una ontología social de los derechos, posibilita dar otro alcance a los modos en que, en diferentes lugares, cobran las luchas por los derechos y se amplían los modos de imaginarlos.

Si podemos afirmar que, considerando un derecho relacional, *todos los derechos son derechos sociales*, las luchas por los derechos en Latinoamérica, así como las diferentes apuestas políticas por su institucionalización, nos presentan una escena donde las necesidades y las libertades, las condiciones materiales de existencia y de reconocimiento, no pueden ajustarse a orden causal y necesario, impuesto por la matriz dualista que, en sus diversas variantes, comparten las teorías del sujeto. La relación, la implicación recíproca, trazan una nueva territorialidad y se desarrollan en un horizonte –no libre de tensiones–, que nos permite revisar la supuesta irresoluble paradoja entre lo individual y lo común, así como también encadenar derechos que, a partir de esa misma paradoja, son presentados como derechos de naturaleza diversa y, por ello, jerarquizados (moralmente, políticamente y epistémicamente) y distribuidos en espacios y tiempos diferenciados, de acuerdo a lógicas que –según esta concepción– debieran serles extrínsecas: clases, razas, géneros, nacionalidades, son también productos del universalismo occidental.

Pues no hay individuo por fuera de un conjunto de relaciones o, más aún, no hay individuo sino como relación, de igual manera que no hay una identidad genérica común, sino como un conjunto o una totalidad siempre abierta de relaciones. Las implicancias de esta tesis pueden dar cuenta, bajo otra perspectiva, de la génesis a-teleológica y plural de los modos de ser-ciudadano de acuerdo a las diferentes relaciones que van constituyendo los cuerpos y las subjetividades individuales

y colectivas, las formas de organización, de aparición en el espacio público y “privado”, de ser representados por la ley, de la institución de lenguajes políticos, así como también en las formas de interpelación estatal (que se valen o no, y de qué manera, de los derechos para formular políticas públicas, producir reformas estatales, confrontar a los poderes privados, etc.). En este terreno, las luchas por los derechos y las políticas públicas orientadas a derechos –donde se producen desacuerdos y encuentros– han formulado, en lo que podríamos denominar *derechos diferenciales*, no tanto un medio para alcanzar una ciudadanía homogénea (aunque ese discurso todavía tiene una pregnancia considerable), como un modo de intervenir en relaciones sociales asimétricas, generando un espacio polémico entre ciudadanos y no-ciudadanos, y promoviendo modos de reconocimiento donde la no-ciudadanía genera atomización y aislamiento. Preguntarse sobre si hay una prioridad de los derechos políticos por sobre los derechos sociales o a la inversa, es introducir una causalidad donde hay una trama plural de relaciones, es también introducir una antropología de la necesidad y la libertad, de la pasividad y la actividad, donde hay una conflictividad que es inmanente a los derechos, cada vez que tocan una relación de asimetría, de dominación, de exclusión, desapropiándola de sus cualidades naturales e históricamente aceptadas. Este es uno de los motivos por los que, particularmente en Latinoamérica, el conservadurismo liberal encuentra en las luchas por los derechos y su acogida por parte de los gobiernos democráticos populares, un motivo de discordia y la imposibilidad de apropiarse de una gramática que, por lo menos en términos teóricos, pero también como dispositivo de normalización social, les ha sido propia y resulta cara a “su” tradición.

Sea que analicemos políticas como el “matrimonio igualitario”, la “Asignación universal por hijo” (o la “Bolsa Familia”, en Brasil), o incluso una política más puntual, como el reconocimiento de la relación laboral de las empleadas domésticas, todas planteadas como derechos, lo que encontramos es la

afectación de una trama compleja y plural de relaciones sociales invisibilizadas. En ese último caso que mencionamos, donde no había, ni más ni menos que, una ampliación hacia una actividad poco regulada de un derecho existente, podemos ver en ese *más*, las relaciones afectadas: relaciones laborales de servidumbre, actividades generizadas, contratos heterodoxos e intercambio de salario por otros bienes, inclusión en lazos familiares afectivamente jerarquizados y discrecionales, invisibilización de la “casa” como espacio privado y privatizado (que se extiende a otros espacios, como salidas vacacionales, festejos, etc.), racialización, extranjerización, lenguajes eufemísticos y tradicionales que describen la labor (“la chica que viene a casa”, “la chica que me ayuda”, “la sirvienta”, “criada”, etc.), visibilización de las tareas de cuidado. Éstas y otras relaciones que se encadenan unas a otras a partir de un derecho que, aunque circunscripto a la relación laboral contractual, afecta toda una trama ligada también a otros derechos existentes, a derechos no institucionalizados cuyas demandas se encuentran en la escena pública e incluso a derechos todavía no imaginados (así como afecta la matrices que estructuran la política, como la división público-privado, que es aquí interferida en un espacio paradigmático como es la “casa” o posibilitan modos del reconocimiento, por ejemplo, en los tantos filones compartidos con las plurales luchas de los feminismos contemporáneos). Como puede verse, condiciones materiales de existencia y de reconocimiento se anudan y se multiplican para producir alteraciones en la relación con nosotros mismos, con los otros y con el mundo (las instituciones, la cultura). Consientes también, y por los mismos motivos, que un reconocimiento institucionalizado como el descrito produce conflictos, rechazos y bloqueos, justamente porque también se inscribe en otras relaciones que se le contraponen de manera directa o indirecta. Lo que sí queda claro es que hay una diferencia entre encontrarse y no encontrarse en una relación de derechos.

Los efectos de una política de los derechos escapan a toda previsión, porque la alteración de un hilo de la trama, es la

alteración de un entramado más amplio. Más aún si los derechos, siempre considerados en plural y no como un encadenamiento normativo, establecen composiciones entre sí, que transgreden los formalismos que suelen agruparlos según su naturaleza o tipo. En las luchas por los derechos, los derechos catalogados como civiles, políticos, económicos y laborales, sexo-genéricos, culturales, etc., se conectan entre sí modificando los sentidos de cada uno considerado aisladamente y, por extensión, transgreden la frontera de su atribución, sea al individuo, sea a un colectivo, sea al pueblo (volviendo a Balibar, son individuales porque colectivos), en la medida en que no siguen la lógica de lo más particular a lo más general, sino que extienden, comunican y contaminan las fronteras en donde las individualidades e identidades tienden a cerrarse. Que los derechos, considerados como relación, no sean propiedades ni de los individuos, ni de los colectivos, ni del Estado, muestran *lo impropio* de toda apropiación, y la imposibilidad de establecer un control sobre sus efectos.

Es desde este marco que podemos leer la política de *ampliación de derechos* –una de las denominaciones que ha adquirido más centralidad en el siglo XXI Latinoamericano– no como una adición de bienes particulares que se acumula cuantitativamente, como predicados de un sujeto cada vez más nutrido de prerrogativas, sino como una permanente transformación cualitativa del conjunto de los derechos, que pone en juego nuestros modos de habitar un mundo-compartido y disputan una idea de sociedad, como parte de un momento de politización democrática. Mientras más derechos se ligen entre sí, más potencia social y poder institucional tendrá su declaración, práctica y eficacia. Insistir en afirmar cualidades esenciales o formales de los derechos los sustrae de una trama relacional que hace posible su politicidad, y la posibilidad de una reinención permanente e infinita en sus posibilidades. Pero también, y esto forma parte de nuestra experiencia más inmediata, una reorganización de los poderes de facto, cuyas posiciones encuentran en la denominación “anti-derechos” una

clave de interpretación tan acertada como las de neoconservadurismo o neoliberalismo.

## **Bibliografía**

- Abdo Ferez, C (2013) Crimen y sí mismo. La conformación del individuo en la temprana modernidad occidental. Buenos Aires: Gorla.
- Abdo Ferez, C (2016-2017) La experiencia social de lo (in)justo. Revisitando concepciones de derechos para América Latina contemporánea. POSTData, 26, número 2, octubre-marzo.
- Arendt, H (1994) Los orígenes del totalitarismo. Barcelona: Planeta-Agostini.
- Arendt, H (1997) ¿Qué es la política? Barcelona: Paidós.
- Balibar, E. (2000). La filosofía de Marx. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Balibar, E. (2007) La impolítica de los derechos humanos. Arendt: el derecho a tener derechos y la desobediencia cívica. Erytheis, número 2, noviembre.
- Balibar, E (2009) De la individualidad a la transindividualidad. Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- Balibar, E. (2014). Ciudadano sujeto. Vol. 2: Ensayos de antropología política. Buenos Aires: Prometeo.
- Benhabib, S (2005) «El derecho a tener derechos»: Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-Nación. En Los derechos de los otros. Barcelona: Gedisa.
- Birmingham, P (2017) Hannah Arendt y los derechos humanos: el dilema de la responsabilidad común. Buenos Aires: Prometeo.
- Brown, W (2007) Lo que se pierde con los derechos. En Brown, W. y Willians, P. La crítica de los derechos. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Foucault, M. (2007) El nacimiento de la biopolítica. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2006) Defender la sociedad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (1994) Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault. En *Dits et Ecrits IV 1980-1988*. Paris: Gallimard.

- Lefort, C. (1990) “Derechos del hombre y política”. En *La invención democrática*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Liotard, J-F (1993) *The other's rights*. En Shute S. y Hurley, S. (eds.), *On Human Rights*. The Oxford Amnesty Lectures. New York: Basic Books-Harper Collins Publishers.
- Monge, J (2018), *Política de la verdad, filosofía y formas de vida en Foucault: de Nietzsche a un nuevo materialismo*. Universidad Nacional de Córdoba: Tesis inédita.
- Moretti Basso, I (2020). *Cuerpos y Alianzas. Un estudio butleriano sobre las posibilidades performativas de la agencia ante la violencia normativa*. Universidad Nacional de Córdoba: Tesis inédita.
- Morfinó, V (2010) *Spinoza. Relación y contingencia*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor.
- Morfinó, V (2014) *El tiempo de la multitud*. Madrid: Tierradenadie ediciones.
- Negri, A (1993) *Anomalía salvaje*. México: Anthropos.
- Negri, A (2000) *Spinoza subversivo*. Madrid: Akal.
- Ranciére, J (2011) “¿Quién es el sujeto de los derechos humanos?”. *Derecho y barbarie*, n° 3.
- Rinesi, E (2015) *Filosofía (y) política de la universidad*. Los Polvorines: IEC-UNGS.
- Tilly, Ch. (2004). ¿De dónde viene los derechos? *Sociológica*, año 19, número 55, mayo-agosto.
- Žižek, S (2011). *Contra los derechos humanos*. Suma de negocios, Vol. 2, n° 2, diciembre.

# **Crítica, genealogía y derecho: hacia una reconfiguración experimental de la producción de conocimiento jurídico<sup>1</sup>**

*Luciana Álvarez<sup>2</sup>*

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e382>

Nuestras preguntas surgen a partir de advertir cierta redundancia en el modo en que percibimos problemas y elaboramos respuestas en el campo del derecho, que tiene que ver con modos muy sedimentados de producir derecho (soluciones normativas) y saberes, o conocimientos sobre lo jurídico. Es bien conocido que esos derechos, y esos saberes, terminan permeando nuestras prácticas más concretas en relación a lo jurídico que involucran tanto el ejercicio de derechos como reivindicaciones político-jurídicas. Los modos en los que producimos, recreamos y hacemos circular saberes no se encuentran desconectados de la realidad socio-jurídica, sino que forman parte de ella de diversas maneras.

Lo que denominamos, casi intuitivamente, una torsión, o giro, experimental en este ámbito pasaría entonces, y es lo que proponemos para discutir en este artículo, por alguno de estos interrogantes: ¿Cómo podemos hacernos otras preguntas? y

---

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye una versión modificada y ampliada de la exposición realizada por la autora en las XXXII Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho "Derecho, política y moral", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22 al 24 de agosto de 2018. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CV

especialmente ¿Para qué? ¿Qué sentido tienen esas otras preguntas? ¿Qué función cumple o podría cumplir el conocimiento jurídico? ¿En qué consiste la crítica y su potencia experimental en el campo del derecho? ¿Qué impugnamos cuando ejercemos la crítica en relación a los derechos y el discurso que le es correlativo?

Para intentar dar forma a posibles respuestas deberíamos comenzar por esbozar una caracterización de lo que se hace, de lo que hacemos, habitualmente en el campo del derecho cuando nos disponemos a abordar un problema jurídico en términos de conocimiento. Nuestras prácticas de producción de conocimiento tienden a validarse por su potencialidad para contribuir a la resolución normativa de problemas prácticos, reconociéndose mayor calidad a los desarrollos que intentan generar soluciones “dogmáticas”, para el caso de contradicciones y lagunas del sistema jurídico, por ejemplo. El discurso del derecho se configura como un saber del orden y la seguridad, que estandariza el modo en que debe procederse, o cómo es admisible que las personas –en sus diferentes ámbitos de interacción– se comporten a fin de evitar consecuencias sancionatorias, o simplemente no deseadas: se trata del ámbito de lo plausible, lo correcto o lo válido, cuando no de “lo bueno”, o “lo justo”, para ciertas perspectivas teóricas.

Es habitual que abogados y abogadas perciban su contribución al conocimiento del derecho haciendo predominar el punto de vista del “deber ser”: cómo debería ser el derecho. Esto confiere un fuerte sesgo intervencionista al priorizar las consecuencias prácticas derivadas de sus enunciados de verdad. En este sentido podemos sostener que la ciencia jurídica, en el marco de prácticas de investigación que hoy podemos caracterizar como tradicionales, aparece como una lectura posible del derecho, que tiende a viabilizar su función de regulación e inducción de conductas sociales (Entelman, 1982) en un determinado sentido, y bajo la estructuración de un orden determinado. Se produce, de este modo, una relativa identificación del derecho (conjunto normativo) y la ciencia jurídica (reflexión



sistemática de conocimiento) respecto de los objetivos de uno y otro, que en el límite conduce a la justificación de la validez de normas, que regulan y condicionan conductas sociales en atención a fines que permanecen habitualmente implícitos, cuando no simplemente ocultos. En ocasiones, adjudicando valor de verdad a decisiones políticas, al atribuir –por ejemplo– valor de verdad a un principio constitucional, o a una decisión judicial. Esto es así incluso para aquellos abordajes que buscan mostrar, desde un paradigma de derechos humanos, la contradicción de ciertos marcos normativos con estándares regionales o globales de derechos: decir una verdad de derecho consiste, en definitiva, en decir si una norma (general o individual) cumple o no cumple con lo previsto en una determinada recomendación, protocolo y/o convención; en su caso cómo debería decidirse un conflicto de derechos a fin de dar cumplimiento a tal, o cual, estándar normativo. Se trata de trabajos muy valiosos, con un valor estratégico nada desdeñable, pero continúan formando parte de cierto “mainstream”, sin lograr salir de alguna idea de orden social que lo predetermina pero que, a su vez, permanece velado e inaccesible. De algún modo, este tipo de producciones se identifican con una concepción de ciencia del derecho que continúa reconociéndose como una ciencia normativa.

Ello nos lleva al problema que suscita la distinción entre producción científica e intervención profesional, del que nos hemos ocupado en otros trabajos (2017, 2019a, 2020), que materializa esa singularidad que hace que quienes se disponen a comprender y explicar lo jurídico se encuentran a su vez profundamente comprometidos con la función de regular e inducir las conductas sociales, que es lo propio del derecho, pero no de la ciencia jurídica. Con ello no hacemos un llamado a restituir la “objetividad” o neutralidad valorativa. Simplemente, advertimos que no hay nada de necesario en el compromiso que los juristas, en un sentido amplio, mantenemos con el imperio de la ley; ese compromiso existe, es histórico y obedece a configuraciones y contingencias sociales, que algunas investigaciones están tratando de hacer visibles. Es posible reflexionar en este filo

sin caer del lado de un kelsenianismo obtuso, o en la defensa cerrada de algún tipo de objetividad o neutralidad valorativa. Justamente, se trata de hacer el gesto inverso: en lugar de eliminar nuestro particular punto de vista, hacer explícito, revelar, hacer visible el “punto de vista” del derecho; o, más bien, la operatividad de lo jurídico. Cómo funciona, qué habilita en ese funcionamiento, que adscripciones hace operar, independientemente del fin del legislador y la integralidad y racionalidad del sistema u ordenamiento jurídico. Nos preguntamos cómo funciona para, en su caso, hacerlo funcionar de otra manera.

Esta línea de indagación parece dirigirnos, una vez más, a la pregunta: qué entendemos por realidad jurídica; en qué consiste el derecho. Y ello no deja de albergar una serie de interrogantes en torno, no sólo de la producción de conocimiento en el campo jurídico sino además, y especialmente, de la pregunta por la especificidad de la crítica en este ámbito, puesto que, al menos desde Kant en adelante, la pregunta por el conocimiento se encuentra enlazada a la inquietud de la crítica...

## **1. Crítica genealógica**

Tomando cierta distancia del conocimiento jurídico sesgado en torno de algún tipo de normatividad conforme lo caracterizamos en el apartado precedente, situamos la mirada –o pretendemos hacerlo– más allá. Preguntarse por el derecho (en qué consiste, cómo funciona) no supone para nosotros, al menos no necesariamente, asumir o validar algún estándar de corrección moral. Sugerimos, en su lugar, que la pregunta por el derecho puede ligar con la pregunta por lo político a partir de problematizar la instancia de lo posible y lo recomendable. Decíamos anteriormente que, como saber eminentemente práctico el conocimiento jurídico tradicionalmente se pregunta por lo plausible, lo recomendable, dentro de un marco de reglas (ordenamiento jurídico, principios generales) que lo predetermina, en busca de la mejor solución normativa dentro de las recomendaciones preestablecidas.

Desbordar lo plausible, lo recomendable, lo correcto en tanto límite o condición de posibilidad de lo jurídico: esta es la inquietud que ocupa un tipo de pensamiento jurídico que se inscribe en una tradición del pensamiento, o la filosofía, críticos. Y ello, a partir de comprometernos con una posición teórica para la cual “el asunto principal está en reconocer que los derechos tienen menos que ver con una apelación al hombre en sí, que con un enfrentamiento que libran los sujetos contra las condiciones de circulación del poder. ” (Castro Orellana, 2017, p. 53). Más que derechos que encuentran fundamento en la vida, o más precisamente en la vida humana, como si lo jurídico-político encontrase los límites de su posibilidad en aquello vital que le es dado a la historia como materia prima de lo social<sup>3</sup>, es en el juego mismo de la actividad creativa de la vida en que ponemos en juego y hacemos valer derechos en un campo inmanente de fuerzas. Como señala Pierre Sauvetre, en relación al modo en que Foucault introdujo el problema de los derechos, los derechos humanos y los derechos de los gobernados, no se trata de la defensa de los derechos del hombre (para nosotros derechos humanos), sino de “un derecho más preciso, históricamente determinado, el “derecho de los gobernados”, es decir un derecho que permite la crítica del hecho de ser gobernado de esta o aquella manera, más que un atentado a lo humano”<sup>4</sup> (2015, p. 2).

Para acercarnos a esa caracterización posible de lo jurídico más allá de lo normativo, comenzamos por mapear, brevemente, las posibilidades de lo que en Occidente se ha dado en llamar “la crítica”. Específicamente, nos circunscribimos a un tipo de ejercicio de la crítica que encuentra su lugar en torno de problemas sociales. Siguiendo en este punto a Axel Honneth

<sup>3</sup> Para un desarrollo de los diversos cruces política/vida puede consultarse el texto de Lemke, T., Casper, M. y Moore, L., (2012). Biopolitics. An Advanced Introduction.

<sup>4</sup> “un droit plus précis, plus historiquement déterminé, le « droit des gouvernés », c’est-à-dire d’un droit qui permette la critique du fait d’être gouverné de cette façon-ci ou de cette façon-là, plutôt qu’une atteinte essentielle à l’humain.” [La traducción es nuestra].

(2009), quien a su vez parte para su caracterización de Walzer, podemos ubicar sus distintas locaciones, considerando la crítica social como un tipo de saber que busca identificar y combatir los males que se presentan en nuestras sociedades con el fin de mejorarlas, a través de diversos modelos, o más bien diversos gestos:

– la crítica como revelación, basada en una experiencia de evidencia religiosa o cognoscitiva de la que derivan valores universales a través de los cuales es posible considerar todo lo que es necesario cambiar en esa sociedad para realizarlos, tal es el caso de las posiciones iusnaturalistas de abrevado religioso o racional. Desde esta posición, la crítica procede a partir de la contrastación de las normas positivas, y su funcionamiento, con los valores que ellas deberían realizar para mostrar que el problema es su falta de adecuación a la naturaleza propia de la vida humana, sujeta a su vez a cierto orden natural de las cosas;

– la crítica constructivista, propia de aquellos planteos que parten de la proyección de un procedimiento de carácter universal cuya ejecución, real o ficticia, llevará luego a normas justificadas. En la propuesta rawlseana, por ejemplo, se toman condiciones ficticias para fundamentar una serie de principios susceptibles de aprobación general que luego pueden utilizarse como estándar de validación de instituciones de una sociedad real y concreta. En este caso, la crítica buscará mostrar que las normas positivas, o el modo en que ellas son puestas en funcionamiento, no son consistentes con el procedimiento que garantizaría su legitimidad. A diferencia del modelo de la crítica como revelación, esta posición concibe el orden como una construcción humana, asequible racionalmente, lo que supone entonces confiar en una naturaleza humana y una racionalidad universalmente compartidas;

– la crítica como reconstrucción, en lugar de brindar el marco de condiciones en que una decisión puede tomarse legítimamente busca desentrañar, los “fundamentos” normativos

de una sociedad reconstruyendo las normas morales ancladas en las prácticas sociales de una sociedad determinada, en cuyo caso sólo pueden tomarse como estándar de corrección aquellos principios que efectivamente poseen alguna forma, o realidad, en el orden institucional y que, a su vez, tal sería el caso de algunos pensadores pertenecientes a la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, expresan un progreso en el proceso de racionalización social. La crítica en este caso procede en una dirección similar a la revelación pero, sin asumir ningún tipo de trascendencia a los valores morales, simplemente reconociendo su existencia y reforzando su operatividad;

Y, finalmente, como lo señala ahora sí el propio Honneth, un tipo de crítica que puede denominarse genealógica. Más allá de la mirada algo reduccionista que presenta este pensador sobre ella, la genealogía se distingue de estas otras modalidades de crítica por su vocación de desenmascaramiento de relaciones de poder, o en su caso dominación. Honneth insiste en el carácter subsidiario, o parasitario, de la crítica genealógica que “vive del presupuesto de una fundamentación normativa que no intenta dar o no puede producir ella misma” (2009, p. 58). Pero, de acuerdo a una lectura más atenta, la genealogía parecería ocuparse, en un determinado nivel, del desenmascaramiento en un sentido muy distinto.

Lo que busca el genealogista es mostrar que a la base de todo ideal normativo no hay nada más que contingencia y efectación, efectos de relaciones de fuerzas; sin posibilidad de distinguir en ellas algo que las anteceda funcionando como su fuente, u origen. En ese movimiento, la genealogía tiende a desestabilizar en cualquier ideal normativo (acaso la vida humana) todo lo que pueda considerarse bajo el signo de lo “necesario”.

Una crítica genealógica no se compromete con lo que es y su conservación, sino con lo que puede llegar a ser. De acuerdo con Foucault, que ha sabido hacer de la genealogía la divisa de su trabajo crítico, la genealogía busca exponer la virtualidad y la contingencia de todo lo que es real y verdadero para

nosotros para, en el mismo movimiento, desvanecer el valor de lo verdadero y lo bueno más allá de la experiencia histórica que entrelaza verdad, sujeto y poder. En sus propias palabras:

Esas positividades son conjuntos (sistemas) que no están dados por sí mismos, en el sentido de que cualquiera sea el hábito o el interés que nos lo han podido hacer familiares [...] ellos no han llegado a ser aceptables por algún derecho originario. Lo que se trata de sacar a flote, para comprender bien lo que los ha podido hacer aceptables, es que justamente todo eso no estaba dado por sí mismo, no estaba inscrito en ningún a priori, no estaba contenido en ninguna anterioridad (Foucault, 1995, p. 13).

Y por lo mismo, en lugar de deducir de lo que somos, aquello que nos sea imposible hacer o conocer, buscará desprender de la contingencia que nos ha hecho ser lo que somos, la posibilidad de no seguir siendo. En una dirección similar, que desarrollaremos más adelante, Agamben identifica el trabajo de la crítica con el de una arqueología filosófica a través de la cual los presupuestos de una positividad (campo de concentración, obra de arte, o cualquier otra) se neutralizan y se vuelven inoperosos (2019, 2018b, 2018c).

En esta ocasión, y en relación a una serie de intervenciones en las que recurrentemente aparece la pregunta por la singularidad y el sentido de la crítica en el campo del derecho, recuperamos dos figuras/metáforas de la crítica pasibles de ser comprendidas en tono genealógico: la crítica como actitud, como ethos, por la cual nos comprometemos en el “relanzar tan lejos y tan ampliamente cuanto sea posible el trabajo indefinido de la libertad” (Foucault, 1995) en la medida que ello remite a la posibilidad de sustraerse a una manera, unos procedimientos, unos fines determinados por una racionalidad de gobierno específica. Esto supondría “desconectar el crecimiento de las capacidades y la intensificación de las relaciones de poder”, en la inquietud siempre actualizada de ampliar posibilidades de ser y hacer, y restringir dominaciones y jerarquías (Taylor,

2009).<sup>5</sup> En esa tensión libertad-poder, si entendemos que el poder es constitutivo de nuestra realidad, procurar actualizar posibilidades en cuyo movimiento no impliquemos un bloqueo a la circulación del poder. Volveremos a ello sobre el final del texto, pero es necesario evitar equívocos en torno de la idea de libertad: no se trata de la libertad de los modernos, al menos no en la forma histórica que la libertad se dio en el liberalismo, mucho menos la libertad del neoliberalismo que tantos malos entendidos ha introducido en el diagnóstico foucaulteano de la gubernamentalidad neoliberal, sino del movimiento de desbloqueo.<sup>6</sup> En relación a ello convendría tener en cuenta la distinción que el mismo Foucault señala entre filosofías de la libertad, y formas de poder, históricas, que al amparo de estas filosofías se produjeron en el siglo XIX y XX (1999, p. 115).

En otra escena, la crítica como cambio o desplazamiento de posición material por el cual es posible "...salir del círculo que une una condición a su condición, un ser-ahí a la razón de este ser-ahí. Soltar o liberar o aflojar materialmente la relación, es transformar el círculo en espiral..." (Ranciere, 2006), lo que supone el arrancamiento de un cuerpo al tiempo y espacio que le han sido asignados.

En un caso, el de Foucault, se trata de una actitud que involucra una relación saber/poder en la medida que pone juego una doble interrogación: al poder sobre sus efectos de verdad y a la verdad sobre sus efectos poder, con todo lo que ella supone de impugnación de los dispositivos que escenifican la normatividad que interviene en nuestro hacernos sujetos. En el otro caso, el de Rancière, refiere igualmente a una práctica de desujeción. ¿A qué? A la lógica de la policía, y aquí ya no se

---

<sup>5</sup> "developing alternative modes of thought and existence which increase persons' capacities and expand their possibilities without simultaneously increasing and expanding the proliferation of power within society." [La traducción es nuestra].

<sup>6</sup> En desarrollos recientes, a los que remitimos, hemos trabajado sobre la idea de "prácticas de libertad" tal como pueden comprenderse en el trabajo genealógico-crítico de Foucault (Vignale y Álvarez, 2018), así como sobre las tensiones libertad-obediencia en la gubernamentalidad neoliberal (Álvarez, 2019b).

trata, o al menos no especialmente, de los procedimientos, los fines o los dispositivos que operan para definir una determinada gubernamentalidad, sino la disrupción de la lógica de jerarquizaciones que promueve la policía en tanto orden de repartición de lo sensible, es decir en cuanto orden de repartición de lo que es real y existe para nosotros. Con Ranciére lo que se juega es la verificación de una igualdad (la lógica igualitaria de la política) en una escena en la que lo policial no deja de establecer los límites de lo posible, lo recomendable, los lugares de los cuerpos y sus funciones.

De algún modo, podemos pensar la lógica igualitaria a la par de lo que supondría el desbloqueo de las relaciones de poder. Ambas modalidades de la crítica remiten, en cada caso, a la tensión poder/ libertad; policía/política; relaciones de poder/ desujeción, devenir; jerarquización/lógica igualitaria. Y habrá, por supuesto, quienes afirmen que ello no es más que la pregunta por la democracia, y podemos decir que no exactamente, que en todo caso desde el punto de vista de una teoría crítica como la concebimos aquí, es la democracia misma lo que se halla puesta en discusión. El hecho de que la democracia, a menos que entendamos por ella el aparecer del demos y la irrupción de la lógica igualitaria en el modo en que acabamos de referir siguiendo la pluma de Ranciére (2007), puede ser también un modo de sujeción cuando ella queda reducida a los procedimientos, fines y dispositivos que garantizan un estado de cosas, una distribución de cuerpos y funciones, una distribución de lo viviente en un campo de valor y utilidad. Sí! No hay ciudad ordenada, no hay ese lugar que sabemos pleno y armonioso. Contamos con una miríada de artefactos y posibilidades con las que “hay que hacer”.

## **2. Crítica genealógica y derecho: hacia una analítica política de lo jurídico**

Una reflexión sobre lo jurídico que se sitúa en el ámbito de preocupaciones del pensamiento crítico, promueve un tipo



de interrogación que busca comprender, dar cuenta, preguntarse por la configuración singular de lo jurídico en nuestras sociedades, por el tipo de distribuciones de lo viviente, por el tipo de distribuciones sensibles que el discurso de la ley (en su dimensión de práctica social) cristaliza y que, por su mismo carácter discursivo, es capaz de dinamizar. Preguntarse cómo opera el derecho en nuestras sociedades, qué función cumple, qué problemas busca resolver en el diagrama de relaciones de poder que organizan nuestra vida en común. No se trata entonces de preguntarse qué es el derecho, cuál es su esencia (en su referencia a una lógica trascendental), como tampoco: qué debe ser, a qué estándares de normatividad ético-políticos, sean éstos formales o materiales, debe responder para ser considerado legítimo. Más allá de la pregunta por el cumplimiento o efectividad de una determinada normativa, o por la adecuación de una ley, o una sentencia, a leyes superiores o tratados internacionales, que en muchos casos resulta necesaria y estratégica, apuntamos a la pregunta por lo que ese cumplimiento o incumplimiento atestigua: qué lugar cumplen en nuestra sociedad las declaraciones de derechos humanos; cómo comprender su falta de efectivización; qué nos muestra de las dinámicas de relaciones sociales el protagonismo creciente de la estrategia de la judicialización, entre muchos otros. Esto es lo que, de algún modo, desde las posiciones críticas del derecho solemos referenciar como el carácter discursivo de lo jurídico (Entelman, Ruiz, Cárcova), en cuanto práctica social específica de producción de sentidos, en la que lo que tradicionalmente reconocemos como derecho (soluciones normativas) se expande a la consideración de la trama múltiple de operaciones que en su articulación condiciona la aparición de “algo” como derecho, la aparición de algo como “derecho humano”, la aparición de algo como “sistema democrático”, algo como “derechos y libertades”. Si habitualmente reconocemos que detrás de cada derecho hay una historia de lucha, forzoso es reconocer que no se trata sólo de eso y mucho menos de una historia progresiva, como prefiere sostener la dogmática propia de los derechos humanos.

Los vectores de fuerza que articulan procesos de consagración de derechos son múltiples y es esa multiplicidad la que debe ser considerada. No se trata simplemente de decir existen derechos humanos que hemos logrado arrebatarse al “Poder” pero desgraciadamente no se cumplen, lo cual es parcialmente verdadero: sino, de preguntarnos ¿Qué atestigua ese incumplimiento? Como señala Fassin,

no se trata de criticar las acciones sino de tomar una perspectiva crítica sobre lo que ellas significan e implican, y preguntarse lo que se gana y lo que se pierde [...] Hay pues siempre una tensión entre el compromiso y el distanciamiento en nuestra investigación, lo que llama a un esfuerzo permanente de reflexividad. Concibo el trabajo crítico como una manera de responder a este desafío, el cual consiste en considerar lo que se da por sentado como el producto de una historia particular, dicho de otro modo, se trata de deshacernos de lo obvio. Éste es un ejercicio de distanciamiento que precisamente reconoce nuestro compromiso en la realidad que analizamos. (2017, p. 360).

Ya Enrique Marí, en el año 1982, apuntaba a este tipo de interrogación como lo propio del quehacer crítico en el campo del derecho al caracterizar lo jurídico como discurso clandestino. Retomar, entonces, y por esta vía una dimensión genealógica de la crítica en el campo del derecho para exponer el carácter contingente de los acuerdos y las tensiones que lo estructuran, y en cuanto tales poseen una racionalidad que nos permite tornarlas comprensibles y, sobre todo, móviles.

Algo que por el momento podemos designar como la inmanencia de lo jurídico. La posibilidad y la urgencia de mostrar las necesidades y estrategias en relación con las cuales el derecho se configura; los problemas a los que pretende responder; las jerarquizaciones -intencionales o no intencionales- que logra establecer, con la inquietud finalmente de mostrar que en él no anida lo necesario. Por el contrario

todo lo que es se muestra al ojo del genealogista [...] como la actualización de una de las muchas de combinaciones de posibles que lo preceden, que lo atraviesan y que lo exceden; el resultado unilateral de una selección que acomoda lo múltiple a una “forma” que podría haber sido diferente (Chignola, 2018, p. 16).

Como artificio, el derecho sólo constituye una individuación ligada a un proceso de devenir continuo, es la concreción de uno de sus posibles modos permaneciendo abiertos todos sus posibles.

La hipótesis que abrimos supone que es posible, e incluso necesario, comprender que lo jurídico es tributario de una racionalidad inmanente a las relaciones sociales de poder en cuya trama opera y cobra forma aquello que podemos denominar realidad jurídica, y sobre todo que podría haber sido diferente. Esto habilita una línea de trabajos de investigación en el campo jurídico, que junto con Foucault podríamos denominar analíticos, pero no en la dirección de una analítica del lenguaje. Analítico-políticos, en cuanto buscan mostrar las correlaciones de fuerzas al interior de distintos objetos: judicialización de la política, resolución de conflictos, criminalización y giro punitivo, interpretación del derecho, procesos decisionales, razonamiento judicial, efectivización de derechos humanos, derechos a la salud, derechos a la diferencia, entre muchos otros y por mencionar sólo algunos de los que nos hemos ocupado en los últimos años. Así, el estudio de diversos objetos permitirá mostrar cómo una serie de verdades sobre lo jurídico, el tipo de enunciados que componen su discursividad, son inteligibles al interior de una racionalidad política, que en el caso de nuestras sociedades contemporáneas se sostiene por medio de la gestión de la vida en sus múltiples modalidades: disciplinaria, de control, regularización, de seguridad, si seguimos el filo foucaulteano. O a partir de las distinciones entre arquipolítica, parapolítica, metapolítica y posdemocracia como modos diversos de policía, si seguimos otras cartografías, como puede ser la de Rancière, y podríamos utilizar incluso otras.

Nos referimos, en cualquier caso, a un cierto trabajo de análisis, que Foucault habría propuesto respecto de las relaciones de poder como “analítica del poder”, esto es:

una filosofía que intentara mostrar en qué consisten, cuáles son esas relaciones de poder, sus formas, sus desafíos, sus objetivos. Una filosofía que tratara, por consiguiente, no sobre los juegos de lenguaje, sino más bien sobre las relaciones de poder [...] podríamos decir que, para analizar o criticar las relaciones de poder no se trata de someterlas a una calificación peyorativa o laudatoria de forma masiva, global, definitiva, absoluta y unilateral; no se trata de decir que las relaciones de poder se limitan a constreñir y a forzar. [...] Tampoco debemos imaginar que podemos escapar repentinamente, global y masivamente de las relaciones de poder a través de una especie de ruptura radical o de una huida sin retorno. Las relaciones de poder también se juegan; son juegos de poder que habrá que estudiar en términos de táctica y de estrategia, en términos de regla y de azar, de apuesta y de objetivos. En cierta medida, intento trabajar en esta línea (1999, p. 118)

Lo jurídico puede ser comprendido en el juego de fuerzas que estructuran nuestra realidad socio-política: y es más, es casi incomprensible fuera de este marco de correlaciones. Por lo mismo, los derechos tienen sentido, para nosotros, en su capacidad de desbloqueo y des-intensificación de relaciones de poder, en el juego que despliegan. Es por esto que no pueden predicarse en abstracto, ni mucho menos de manera universal y absoluta, sólo funcionan en situaciones y relaciones concretas en las que se enlazan sujeto, verdad y poder y operan en la singularidad de ese nudo para tramar —en ciertos casos— desujeciones.

### **3. Más allá de la conquista de derechos: experimentación y uso**

En cuanto reconocemos en el derecho enunciaciones que no constituyen verdad, más que en el juego azaroso de lo que ha llegado a ser verdadero y bueno para nosotros aquí y ahora,

se abre la posibilidad de un ejercicio teórico, y práctico, a partir del cual el derecho pueda ser-otro en sus formulaciones, pero también en sus usos.

Ello nos conduce a un ejercicio crítico en cuyo derrotero no encontremos necesariamente nuevos, u otros, derechos; sino que podamos hacer de aquellos derechos que ya existen un uso capaz de desplegar en ellos otras posibilidades. Redireccionar, revertir las fuerzas que determinados derechos cristalizan, moverlos en direcciones diversas que permitan desbloquear las potencias que los habitan. Insistimos en los usos en la medida en que, como hemos sostenido a lo largo del texto, la potencialidad ético-política de cualquier derecho no depende de la positividad de un derecho sancionado o consagrado legalmente en sí mismo, sino que ellos sólo valen, se hacen valer, en un juego estratégico de fuerzas. Todo derecho, tanto los existentes como aquellos cuya legalidad es reivindicada, depende para su funcionamiento de una trama múltiples de relaciones.

En esta dirección podría pensarse la idea de “inoperosidad” sobre la que trabaja las posibilidades de resistencia Agamben, esto es, “la capacidad de desactivar y volver inoperante algo —un poder, una función, una operación humana— sin simplemente destruirlo, sino más bien liberando las potencialidades que en él habían quedado inactuales y permitiendo así un uso diferente” (Agamben, 2016). La idea de “inoperosidad”<sup>7</sup> se comprende a partir de una concepción de la resistencia como operación que va más allá de la oposición de fuerzas, tratándose más bien de una liberación o desbloqueo de potencias que en cierta medida son internas al acto mismo (2019).

Al pensar la resistencia como potenciación, Agamben recupera de Aristóteles los conceptos de potencia y acto que habrían estructurado, a su vez, la relación de la voluntad y la acción en

---

<sup>7</sup> En este trabajo no profundizamos en la noción de inoperosidad conforme la desarrolla Agamben en diversos trabajos publicados (2012; 2018a; 2018b; 2018c). Únicamente nos ceñiremos a lo desarrollado en *Creación y anarquía. La obra en la época de la religión capitalista*, en la medida que nos permite situar la relación entre resistencia, uso y experimentación.

el pensamiento occidental. Aristóteles distingue “potencia” de “acto” en el ámbito de la técnica para explicar las actividades según las cuales quien posee un hábito, una capacidad o una habilidad en “potencia” puede ponerla en “acto”, sea a través de la creación de una obra cualquiera (arquitectónica, literaria, un tejido o una prenda de vestir) que cobra existencia fuera de la potencia misma; o a través de una actividad (tocar el piano, impartir una clase, atender un enfermo) que configura un ser-en-acto en tanto no produce nada fuera de sí misma.

Así Aristóteles, de acuerdo con Agamben, considera a la potencia (para producir una obra o realizar una acción) consustancial a la “potencia-de-no” en la medida en que la potencia existe no sólo “en acto” sino, además, en la suspensión del acto. Si ello no fuera así,

no podríamos considerar arquitecto, cuando no construye, al arquitecto, ni llamar médico, en el momento en que no está ejerciendo su arte, al médico. Lo que está en cuestión es el modo de ser de la potencia que existe bajo la forma de la héxis, del control de una privación (Agamben, 2019, p. 31).

Toda potencia humana es potencia de ser y potencia-de-no ser, potencia de hacer y potencia-de-no hacer, se trata de una estructura ambivalente de la potencia según la cual el viviente “puede su propia impotencia, y sólo de este modo posee su propia potencia” (2019, p. 32).

Cualquier obra sólo es posible por la tensión de la inoperosidad, no existe obra que se sostenga en la sola potencia-de ser, se llega a ser obra en la tensión y la privación. Y es el cuidadoso manejo de la potencia de hacer y de no hacer la que habilitaría una obra en sentido estricto: entre la ausencia de obra derivada de una pura potencia-de-no y la mera ejecución repetitiva. “La potencia-de-no no es otra potencia junto a la potencia-de: es su inoperosidad, aquello que resulta de la desactivación del esquema potencia/acto. Hay pues un nexo esencial entre la potencia-de-no y la inoperosidad.” (2019, p. 39). Más adelante,

en el mismo texto, Agamben insiste en la inoperosidad como constitutiva de todo obrar

una potencia que no precede a la obra, sino que la acompaña y hace vivir y abre en posibilidades [...] la praxis propiamente humana es aquella que, convirtiendo en inoperosas las obras y funciones específicas del viviente, las hace, por así decirlo, girar en el vacío y, de esta manera, las abre en posibilidad (2019, p. 45).

En esta dirección, podríamos pensar la inoperosidad propia de lo jurídico que pudiera conducirnos a desactivar en sus dispositivos aquello que nos ancla a operaciones económicas y sociales determinadas, como por ejemplo el modo en que diversos reclamos de derechos, articulados en torno de la idea de un plan de vida, funcionan como anclaje en el tipo de racionalización económica e inscripción subjetiva de la gubernamentalidad neoliberal.<sup>8</sup> Volver inoperosas algunas de las operaciones de la ley supondría, más allá de un desprecio por lo jurídico, un modo de tomarnos en serio toda su potencialidad, y especialmente toda su potencia-de-no, en cuanto la pura potencia-de parece conducirnos a una sobrecodificación normativa que en la práctica solo reproduciría sujeciones.

Es por ello que, en cierto modo, preferimos pensar lo jurídico “más allá” de la conquista de nuevos derechos, pensar sobre todo para qué sirven, como funcionan, para desactivar sus efectos a través de usos posibles, en lugar de apelar a la consagración de nuevos derechos que sumen a la larga lista de derechos ya existentes. Se trata de un modo diverso de pensar la resistencia y la transformación: si la resistencia es inmanente a la relación de poder, no supone necesariamente un poder

---

<sup>8</sup> Se encuentran en desarrollo algunos trabajos en esta dirección y han sido sometidos a discusión bajo el título “De la planificación al plan de vida: libertades que nos atan. (Una actualización de la crítica foucaultiana del “recurso a la soberanía””, exposición en el Coloquio Internacional: Lecturas foucaultianas del liberalismo y el neoliberalismo, 4 al 8 de noviembre de 2019. Programa de Estudios Foucaultianos - Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires.

(derecho) y un contrapoder (nuevo derecho), sino una relación que es interna y constitutiva del poder en sí mismo.

La ley, en su dimensión de estratificación puede conjugarse con usos no previstos, con puntos de fuerza que sostienen en una dirección, pero pueden tensarse hacia otra, ocuparnos de los imprevistos, más de allá de lo recomendable y lo plausible... Como en el cine de Lucrecia Martel: perturbar la expectativa del espectador para develar la dimensión artificiosa de lo real. En palabras de Deleuze y Guattari, la experimentación consistiría más o menos en lo siguiente:

instalarse en un estrato, experimentar las posibilidades que nos ofrece, buscar en él un lugar favorable, los eventuales movimientos de desterritorialización, las posibles líneas de fuga, experimentarlas, asegurar aquí y allá conjunciones de flujo, intentar segmento por segmento continuos de intensidades, tener siempre un pequeño fragmento de una nueva tierra. (2015, pp. 165-166)

Pero, entonces, en qué consistiría el derecho en su dimensión experimental? No sería nada más que lo que ya es: una entidad positiva, un artificio dispuesto para la lucha en el seno de nuestras sociedades, un artificio para la defensa y el trabajo indefinido de la libertad que, en sí misma, no es más que la posibilidad de desujeción. Un artificio que como todo estrato constriñe y desliga incesantemente en función de composiciones imprevisibles. Es imprescindible comprender cómo opera en nuestra realidad si pretendemos usarlo en otra dirección, sabiendo que no hay solución definitiva.

## **A modo de apuesta**

Poner en juego -y jugar con- otros conceptos en el campo del derecho, que nos permitan pensar cómo funciona, cómo opera el derecho en la dinámica de relaciones sociales de poder que caracteriza a nuestras sociedades para, a partir de las marcas que podamos registrar, habilitar configuraciones que des-intensifiquen las sujeciones. En este sentido entendemos



necesario traspasar y desbordar los límites disciplinarios y estilos tradicionales organizados en torno de algún estándar de corrección moral, que insisten en la pregunta indefinida por “lo normal”, “lo correcto”, “lo bueno”, “lo justo” y sus múltiples derivas, para castigar (de diversas maneras, cuando menos sea disponiendo jerarquías que inferiorizan a unos seres vivientes en relación a otros) a quienes buscan desujetarse, soltar su cuerpo del lugar que se le había asignado, buscando con ello transformar el círculo en espiral...

Si como advirtieron, de diferentes maneras, tanto Marx como Foucault, el derecho (así como la ciencia, la religión, la moral, la política) no se explica por sí mismo, ni por el desarrollo de una razón trascendental, para comprenderlo es necesario remitirlo a las dinámicas histórico-sociales que habilitan su aparecer (Mónaco, Pisera, Sztulwark, 2016), romper el círculo que naturaliza aquello que concebimos como realidad, en nuestro caso la realidad jurídica. Esta es una de las formas de la crítica: lograr extrañarnos frente a una institución cualquiera, como puede ser el matrimonio, la herencia, el parlamento, la filiación, la identidad, los derechos humanos, las decisiones judiciales, la relación de propiedad... hacer su genealogía hasta llegar al punto en que ellas se desentiendan de la necesidad (Esteves, Saidel, Sacchi, Ríos, Velazquez, 2016). Nuestra apuesta de experimentación teórica se juega en la posibilidad de exponer el orden de cosas que constituye nuestra realidad, específicamente el lugar que desempeña el derecho dentro de ella, no siempre como ideología y dominación como tampoco como carta de triunfo de la libertad.

En palabras de Foucault, la experimentación pasa por

transformar la crítica ejercida en la forma de la limitación necesaria, en una crítica práctica que toma la forma de una transgresión posible [...] me parece que esta actitud histórico-crítica debe ser también una actitud experimental. [...] someterse a la prueba de la realidad y de la actualidad, tanto para aprehender los puntos en los que el cambio es posible y deseable, como para determinar la

forma precisa que haya que darle a ese cambio. Es decir que esta ontología histórica de nosotros mismos, debe apartarse de todos aquellos proyectos que pretenden ser globales y radicales (1995, p. 38).

## Bibliografía

- Agamben, G. (2019) Creación y anarquía. La obra en la época de la religión capitalista Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, G. (2018a) Signatura rerum. Sobre el método. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, G. (2018b) El uso de los cuerpos. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, G. (2018c) Karman. Breve tratado sobre la acción, la culpa y el deseo. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, G. (2014) “Para una teoría de la potencia destituyente”, Revista Fractal, 74.
- Agamben, G. (2012) Opus Dei. Arqueología del oficio. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Alvarez, L. (2017) “Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico”, Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales, 60.
- Alvarez, L. (2019a) “Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación en derecho en la actualidad”, Revista Derecho y Ciencias Sociales, 20.
- Alvarez, L. (2019b) “De la planificación al plan de vida: libertades que nos atan. (Una actualización de la crítica foucaultiana del “recurso a la soberanía””, exposición en el Coloquio Internacional: Lecturas foucaultianas del liberalismo y el neoliberalismo, noviembre de 2019. Programa de Estudios Foucaultianos. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires.
- Alvarez, L. (2020) “Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico”, en Olivares, E. (comp.). Dialécticas normativas. Un homenaje

deliberativo a la obra filosófica de C. S. Nino, EUDEBA-UNCORDOBA.

- Castro Orellana, R. (2017). “Foucault y la resistencia. Una gramática del concepto”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XXII-Nº 1.
- Chignola, S. (2018). *Foucault, más allá de Foucault*. Buenos Aires: Cactus.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (2015). *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Madrid: Pre-textos.
- Entelman, R. (1982). “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico” en AAVV, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette.
- Esteves, R, Saidel, M. Sacchi, E. Ríos, C., Velázquez, A (2016). “Para un uso menor de la teoría política” en Bisset, E. y Farrán, R. *Teoría Política. Perspectivas actuales en la Argentina*. Buenos Aires: Teseo.
- Foucault, M. (1995). “¿Qué es la Ilustración? [Qu'est-ce que les Lumières?]”. *Actual*, 28. [Traducción de Jorge Dávila].
- Foucault, M. (1999) “La filosofía analítica de la política” en *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales, Volumen III*. [Traducción de Ángel Gallardo]. Barcelona: Paidós.
- Fassin, D. (2017) “Hacia una ciencia social crítica”, *Revista Andamios*, vol. 14, n. 34.
- Honneth, A. 2007. “Crítica reconstructiva de la sociedad con salvedad genealógica. Sobre la idea de crítica en la Escuela de Frankfurt” en *Patologías de la razón*. Buenos Aires: Katz.
- Lemke, T., Casper, M. y Moore, L. (2012). *Biopolitics. An Advanced Introduction*. New York: New York Press.
- Marí, E. (1982). “Moi, Pierre Rivière ... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales”. En: Legendre, P. y otros. *El discurso jurídico*, Buenos Aires: Hachette.
- Mónaco, J, Pisera, A. y Sztulwark, D. (2016) “De Foucault a Marx, el hilo rojo de la crítica”. Recuperado de: <http://anarquiacorona.blogspot.com.ar/2016/01/de-foucault-marx-el-hilo-rojo-de-la.html?m=1>.

- Ranciére, J. (2006). «La méthode de l'égalité», en Vermeren, P. y Cornu, L., *La philosophie déplacée. Autour de Jacques Ranciére*, Colloque de Cerisy. Francia: Horlieu Éditions.
- Ranciére, J. (2007). *El desacuerdo: política y filosofía*. Buenos Aires: Nueva visión.
- Sauvêtre, P. (2015) "Foucault et le droit des gouvernés", *Matérialisme*, 39.
- Taylor, D. (2009). "Normativity and Normalization", *Foucault Studies*, No 7.
- Vignale, S. y Alvarez, L. (2018). "Prácticas de libertad en la gubernamentalidad neoliberal: claves para pensar la desobediencia en los bordes del sujeto". XI Coloquio Internacional Michel Foucault, setiembre de 2018. Universidade de Santa Catarina, Brasil.

# Ejes para delinear un pensamiento crítico latinoamericano

*Diego J. Duquelsky Gómez*

Universidad de Buenos Aires  
Universidad de José C. Paz - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e383>

## Presentación

El presente trabajo es un paso más de un camino, siempre inacabado, que comenzó como una necesidad docente. Cuando en los cursos de teoría general, introducción o filosofía del derecho, terminaba de presentar los paradigmas tradicionales –iusnaturalismo y positivismo- me resultaba complejo explicar en pocas clases los distintos senderos en que se había desarrollado el pensamiento jurídico a partir de mediados del siglo XX.

Así comencé a elaborar una suerte de matriz de análisis que, cuatrimestre tras cuatrimestre, fue incorporando nuevas categorías, hasta alcanzar diez dicotomías que permitieran distinguir dos grandes perspectivas postpositivistas, a las que llamé liberales y críticas: a) modernos vs. posmodernos; b) racionalistas vs. irracionalistas; c) ilustrados vs. filosofía de la sospecha; d) constructivismo vs. deconstrucción; e) neocontratualismo vs. conflictivismo; f) lo individual vs. lo colectivo; g) universalismo vs. multiculturalismo; h) integridad vs. indeterminación; i) activismo tolerable vs. activismo indispensable; y j) fe vs. desconfianza en los juristas.

Esas mismas ideas, que comenzaron siendo un simple material didáctico de uso personal, han sido reelaboradas más

de una vez y utilizadas con distintos propósitos. Por ejemplo para debatir con autores como Ferrajoli o Squella, o para poner en cuestión los presupuestos epistemológicos del pensamiento jurídico.<sup>1</sup>

Pienso que vale la pena retomar nuevamente ese esquema de trabajo, a la hora de responder a la convocatoria celebrada para esta publicación, aunque se trate de una clasificación sesgada, arbitraria como todas, y pueda pecar de excesivamente simplista e imprecisa. Son dos “tipos ideales”, con rótulos que –además– adolecen ambos de vaguedad combinatoria. Difícilmente encontremos autores o escuelas que adscriban simultáneamente a todos y cada uno de los criterios clasificatorios y, además, posiblemente deberemos admitir como parte del mismo grupo a pensadores con tesis incompatibles entre sí.

Sin embargo, más allá de sus falencias, pensamos que es posible encontrar en ella algunos ejes para repensar el pensamiento jurídico crítico latinoamericano, como una forma de superar los límites de las teorías críticas de raíz exclusivamente eurocéntrica.

## 1. Modernidad/posmodernidad: ¿cuándo, cómo y dónde?

El primer punto que propongo analizar, tiene que ver con la perspectiva histórica desde donde cuestionar tanto al formalismo normativista como a las teorías post-positivistas de matriz liberal.

El positivismo puede ser visto como el resultado de un proceso que arranca en los siglos XVII y XVIII, que fue priorizando

---

<sup>1</sup> En el primer caso, en el encuentro celebrado en la facultad de Derecho de la UBA en abril de 2018, organizado por la Asociación Argentina del Derecho mediante el trabajo “Es todavía crítico el positivismo de Ferrajoli” que formará parte de una futura publicación. En el segundo, mediante mi colaboración en un libro homenaje a Agustín Squella, también actualmente en prensa, titulada “Yo soy un jurista crítico, y don Agustín?”. Finalmente, me refiero a los trabajos presentados en el “II Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino”, celebrado en Río de Janeiro en julio de 2018 y en el “Congreso Nacional de Filosofía” llevado a cabo en la Universidad Nacional de Lanús, en abril de 2019.

progresivamente la racionalidad científica por sobre todas las demás. Una racionalidad científica que, al momento de unirse al capitalismo, se torna fundamentalmente racionalidad productiva.

Una parte importante de la crítica al positivismo puede ser leída también como denuncia frente a las “promesas incumplidas” de la modernidad. Y en esa línea se desarrollan trabajos que van desde Bobbio a Ferrajoli, pasando por Habermas, entre tantos otros.

La pregunta que cabe hacerse desde América Latina es el modo en que la modernidad nos ha sido impuesta y las posibilidades de “rehacer” algo que nunca fue. Por eso muchos proponemos pensar la crítica jurídica radical desde una perspectiva que, sólo a falta de un nombre mejor, podríamos llamar posmoderna, lo que requiere importantes precisiones terminológicas.

Existe un modo muy difundido de usar el término posmoderno al que Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup> denomina “celebratorio”. Desde esta perspectiva, advertir la falta de soluciones modernas para los problemas de la modernidad, no es en sí mismo un problema sino su solución. El error fue pensar que eran realizables esas promesas falsas e ilusorias. Para muchos posmodernos, ahora que sabemos la verdad, podremos finalmente reconciliarnos con la sociedad en la que vivimos, y celebrar lo que existe meramente tal cual es.

Por el contrario, el “posmodernismo de oposición” se presenta como alternativo tanto de las posturas modernas, como del posmodernismo celebratorio.

El rasgo central del posmodernismo de oposición es la conciencia de su carácter provisional o transicional: no hay

---

<sup>2</sup> Santos, Boaventura de Sousa. Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá: ILSA, 2009. Colección En clave de Sur. pag 42 y sgtes.

Otra terminología que puede resultar útil para referirse a esta etapa es la de “transmodernidad” propuesta por Enrique Dussel. Ver por ejemplo Dussel, E. “Transmodernidad e interculturalidad”

una condición posmoderna; hay un momento posmoderno. El propósito de Santos al designar este momento como posmoderno, sólo apunta a indicar la incapacidad de caracterizar adecuadamente esta etapa de transición desde nuestra propia mirada actual. Se trata de un momento entre un paradigma que es dominante todavía –que incluso es capaz de denunciar sus irremediables contradicciones, como hacen muchos teóricos liberales– y otro paradigma o paradigmas emergentes, de los que hasta el momento sólo tenemos algunos signos.

## **2. Racionalismo/irracionalismo (o pluriracionalidades)**

El segundo par, íntimamente relacionado con la distinción entre modernos/posmodernos, es la dicotomía “racionalismo/irracionalismo”.

Según Boaventura de Sousa Santos, el proyecto emancipatorio de la modernidad se anclaba en tres dimensiones de la racionalidad y secularización de la vida colectiva: a) la moral-práctica del derecho moderno, b) la cognoscitivo-instrumental de la ciencia y técnica modernas y c) la estético-expresiva de las artes y de la literatura modernas.

Sin embargo, el pretendido equilibrio nunca fue tal, producto entre otros factores del desequilibrio interno del pilar de la emancipación: la racionalidad cognoscitivo-instrumental de la ciencia y de la técnica se desarrolló en detrimento de las demás, a las que terminó colonizando. En el campo jurídico, reduciendo la riquísima tradición de reflexión filosófica, sociológica y política sobre el derecho a mera ciencia dogmática.

De allí que, como señalábamos en el apartado precedente, una parte importante de pensadores que llamamos liberales y modernos, se caractericen por intentar revertir esa situación y recuperar la fe en la razón como herramienta no sólo para el conocimiento científico/tecnológico, sino como modo de guiar la acción, juzgar nuestras instituciones, fundamentar la democracia, etc.



Es por todos conocido el nexo entre razón y modernidad toda vez que, como señala Habermas, más allá de ser una idea presente en el pensamiento aristotélico, *“el concepto de razón práctica como capacidad subjetiva es una acuñación moderna”*<sup>3</sup>.

Tampoco es el mismo el sentido con que autores como Nino, Rawls, Habermas o Alexy utilizan la idea de razón, en algunos casos de modo más semejante a la concepción kantiana en estado puro, otros reformulándola en el sentido de acción comunicativa, otros en términos de corrección procedimental o argumentativa, pero todos recuperando un sentido que –como veíamos en el apartado precedente– había sido censurado por el positivismo lógico.

Y así como era compleja la utilización del término “pos-moderno”, otro tanto acontece con la expresión “irracionalista”, cuya carga emotiva negativa sigue siendo fuerte y difícilmente sea aceptada de buen grado incluso por muchos juristas autodenominados críticos. Intentaremos clarificar el concepto.

En primer lugar, se cuestiona la idea de una racionalidad única. Pensar en un modo único de concebir la razón es una de las manifestaciones del “epistemicidio” provocado por el proceso colonizador.

Tres siglos antes de que el positivismo lógico desterrara de la esfera de lo cognoscible todo aquello que no fuera verificable empíricamente, el pensamiento occidental moderno trazó una línea divisoria (abismal en términos de Boaventura de Sousa Santos)<sup>4</sup> condenando a magia o superstición toda forma de conocimiento que no respondiera a los cánones europeos. Las dificultades de desarrollar un pensamiento crítico radical vienen de la mano del hecho que el fin del colonialismo político no significó el fin del colonialismo epistemológico.

---

<sup>3</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998 p. 63.

<sup>4</sup> Ver Santos, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010. CAPITULO 2

Aunque con un sentido más restringido, también el movimiento de los Critical Legal Studies acepta la expresión “irracionalismo” como la característica de una de sus vertientes internas, dando cuenta de cómo para un importante grupo de miembros del movimiento, la voluntad de desestabilización prima por sobre la voluntad de formar una escuela sobre premisas coherentes y una jerarquía interna<sup>5</sup>.

Como explica César Rodríguez, para los críticos posmodernos “*todas las jerarquías conceptuales que privilegian un polo del discurso por sobre otro son características de la racional moderna, cuya médula consiste justamente en construir categorías conceptuales opuestas (v. gr. sujeto-objeto) para luego favorecer una de ellas sobre la otra (v. gr. sujeto/objeto). El resultado de esata práctica es la tiranía del orden conceptual existente que, gracias a que reclama estar fundado en la razón, parece natural, necesario.*”<sup>6</sup>

### **3. Ilustración/Filosofía de la sospecha: sobran motivos para desconfiar**

Otra característica que comparten muchos de los pensadores post-positivistas liberales, modernos, racionalistas es su reivindicación del pensamiento ilustrado, en particular en la figura de Kant.

Ese rasgo no es propio tan solo de los pensadores alemanes, como en el caso de Habermas y sus discípulos. Llega a América Latina, como en el caso de Nino e incluso en el mundo anglosajón, paradigmáticamente en la obra de John Rawls. Este último, un caso especialmente curioso, porque rompe con el

<sup>5</sup> KENNEDY, Duncan, Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos, en *Doxa* N° 11, 1992, p. 286

<sup>6</sup> RODRIGUEZ, Cesar, Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, *Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, Estudio Preliminar en KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999, p. 51.

predominio del utilitarismo y la filosofía analítica en el campo de la filosofía jurídica, moral y política anglosajona que había durado más de un siglo.

Para continuar con nuestras dicotomías, propongo poner el énfasis en la influencia central para el desarrollo de un pensamiento crítico de otra perspectiva, la denominada “filosofía de la sospecha”.

La expresión “maestros de la sospecha”<sup>7</sup>, fue usada por primera vez en 1965 por Paul Ricoeur para referirse a la tríada de pensadores integrada por Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud. Una expresión que luego se difundió para hacer referencia a esta suerte de corriente o “escuela” integrada por autores que –como admite el propio Ricoeur- aunque quizás se excluyen entre sí en muchos aspectos, comparten una perspectiva, punto de vista o actitud: la desconfianza.

Nos dice Ricoeur: *“Si nos remontamos a su intención común, encontramos allí la decisión de considerar en primer lugar la conciencia en su conjunto como conciencia “falsa”. Por ahí retoman, cada uno en un registro diferente, el problema de la duda cartesiana, para llevarlo al corazón mismo de la fortaleza cartesiana. El filósofo formado en la escuela de Descartes sabe que las cosas son dudosas, que no son tales como aparecen; pero no duda de que la conciencia sea tal como se aparece a sí misma; en ella, sentido y conciencia del sentido coinciden; desde Marx, Nietzsche y Freud, lo dudamos. Después de la duda sobre la cosa, entramos en la duda sobre la conciencia.”*<sup>8</sup>

Obviamente, desde el punto de vista histórico y geográfico, se trata de pensadores modernos. Sin embargo, su ideas vienen a romper muchos de los presupuestos de la racionalidad

---

<sup>7</sup> “Esto es aún más cierto, sin duda, en la escuela de la sospecha que en la de la reminiscencia. La dominan tres maestros que aparentemente se excluyen entre sí: Marx, Nietzsche y Freud”, Ricoeur, Paul, FREUD: UNA INTERPRETACIÓN DE LA CULTURA, siglo XXI, México, 1970, p. 32.

<sup>8</sup> Ricoeur, op. cit., p. 33

occidental inaugurada por el iluminismo, fundamentalmente a partir de cuestionar al sujeto, su autonomía y su racionalidad: Nietzsche, con su modo de abordar la relación entre el poder y el saber, Marx mediante su concepto de ideología y Freud, a partir de la noción de inconsciente, ponen en crisis la posibilidad de pensar el mundo exclusivamente en términos racionales. Y si en la Europa de los siglos XIX y XX había motivos para sospechar de la razón moderna, el contexto latinoamericano, atravesado en forma adicional por el componente colonial, hace que sobren motivos para una actitud de desconfiada.

#### **4. Constructivismo/deconstrucción: lo ideal o lo oculto**

La siguiente de las dicotomías planteadas es casi una consecuencia lineal del planteo formulado: la oposición entre constructivismo y deconstrucción, como tarea primordial de las dos corrientes hasta aquí perfiladas.

Referirnos a “constuctivismo” implica apelar a una expresión marcadamente ambigua, aunque como suele pasar en la mayoría de los casos de ambigüedad, los distintos sentidos del término no son por completo independientes.

Mucho más que en el ámbito estrictamente jurídico, es en el campo de la filosofía moral y política donde el constructivismo aparece más directamente ligado al pensamiento post positivista. Así, tanto Habermas como Rawls y Nino son reconocidos como constructivistas.

Si tuviéramos que pensar en características comunes, o arriesgar una definición mínima, podríamos afirmar que los constructivistas no rechazan la posibilidad de afirmar la corrección de juicios morales universalmente válidos, pero lo hacen sin caer en posturas realistas en términos morales, ya que dichos juicios no serían juicios descriptivos estrictamente verdaderos o falsos, sino que se trataría de juicios racionalmente justificados.

Además, se trata de teorías procedimentales que parten de presupuestos artificialmente construidos de los cuales de

derivarían racionalmente las soluciones “justas”, como la “situación ideal de diálogo” habermasiana o la “posición originaria” de Rawls.

Si la palabra clave para los liberales, modernos, racionalistas es el constructivismo, del otro lado la palabra clave será la deconstrucción y la deconstrucción no es otra cosa que buscar lo oculto. Lo que está detrás de las apariencias. Así como los postpositivistas modernos reprochan al positivismo el haber renunciado a usar la razón para el campo de la moral o la política, los críticos denunciarán todas las cosas que el positivismo normativista ha ocultado, ya que detrás de una prolija y ordenada “Teoría Pura del Derecho”, o de unos racionales y lógicos “Sistemas Normativos”, se escondía la ideología, las relaciones de poder, la dominación, la explotación. O sea, de lo que se trata es correr un poquito y mirar abajo de la alfombra, hablar de lo que no se habla.

Seguramente, el sentido en que con mayor fuerza las teorías críticas del derecho latinoamericanas han continuado la tradición del pensamiento marxista, ha sido presentar al derecho como un discurso ideológico<sup>9</sup>. Por eso una tarea central del pensamiento jurídico crítico ha consistido en mostrar los vínculos entre derecho e ideología, derecho e historia, derecho y poder. En develar el carácter político de la función judicial, el papel de la formación jurídica como mecanismo para general opacidad, para reproducir hegemonía, etc.

En una línea análoga, el movimiento de los Critical Legal Studies ha hecho de la deconstrucción una herramienta clave profundizando muchos de los señalamientos que a principios del siglo XX ya habían sido esbozados por el realismo jurídico norteamericano. Así como Holmes, Frank o Lewellyn son precursores en mostrar como elementos no estrictamente “jurídicos”

---

<sup>9</sup> En muchos aspectos claramente el pensamiento jurídico crítico se ha distanciado de las lecturas marxistas ortodoxas, ver al respecto CARCOVA, Carlos, *Acerca de las relaciones entre derecho y marxismo*, en *Derecho, Política y Magistratura*, Biblios, Buenos Aires, 1996.

influyen en la decisión judicial, los CLS incorporan la dimensión ideológico-política para realizar una tarea de “demolición” del material jurídico como sentencias, libros, manuales, etc.

## 5. Neocontractualismo/conflictivismo: ¿“quiénes” realmente acuerdan “qué”?

La “democracia deliberativa” de Nino; “la comunidad ideal de diálogo” de Habermas; o la “posición originaria” de Rawls son de un modo u otro una suerte de “contratos sociales”. De allí que puede afirmarse que otro rasgo común de los más relevantes teóricos post-positivistas de raíz liberal lo constituye su “neocontractualismo” más o menos explícito. Así como señalábamos la reivindicación del pensamiento ilustrado, también se retoma, como en Kant, Locke, o Hobbes, la vieja idea de contrato social.

Son autores que inventaron algunos mecanismos para, procedimentalmente, justificar la corrección o no de ciertos juicios morales, como los valores democráticos, en base a ponernos de acuerdo sobre ciertas cosas. La complejidad de esos mecanismos y su evidente artificialidad no los separan sin embargo de la raíz contractualista. También los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII eran conscientes de que tanto el “estado de naturaleza” como el “contrato social” no eran hechos históricos, sino construcciones racionales.<sup>10</sup>

Frente a estas perspectivas, vale la pena restacar a aquellos autores a los que podríamos denominar genéricamente “conflictualistas”. Ernesto Laclau, Chantal Mouffe o la propia Judith Butler, son teóricos que no conciben al conflicto como una patología social y como un obstáculo para la democracia, sino todo lo contrario. Las relaciones sociales son relaciones conflictivas, el conflicto es ineliminable y el modelo de democracia

---

<sup>10</sup> Para un análisis profundo pero a la vez claro sobre la cuestión, el clásico texto de Bobbio, Norberto, *El modelo iusnaturalista, en Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 3ra. reimpresión 1996.

deliberativa liberal, no hace otra cosa que ocultarlo o trasladarlo a la esfera de lo privado.

Recordando a Chantal Mouffe: *El pensamiento liberal tiene que ser necesariamente ciego a lo político debido a que su individualismo le hace incapaz de entender la formación de identidades colectivas. Sin embargo, lo político está desde el primer momento imbricado con formas de identificación colectivas por cuanto en este campo siempre estamos tratando de la formación de un “nosotros” por oposición a un “ellos”. Lo político tiene que ver con el conflicto y el antagonismo. No tiene nada de extraño, pues, que el racionalismo liberal no sea capaz de aprehender su naturaleza, dado que el racionalismo requiere la negación misma de la inerradicabilidad del antagonismo. El liberalismo tiene que negar el antagonismo ya que, al situar en primer plano el momento ineludible de la decisión –en el sentido fuerte de tener que decidir en un terreno indecible–, lo que el antagonismo pone de manifiesto es el límite mismo de todo consenso racional.*<sup>11</sup>

## **6. Individual/colectivo: repensando sujetos, pueblos, movimientos**

La crítica a los límites de la democracia liberal es determinada también por el modo en que se deconstruye el concepto de sujeto. No sólo el sujeto no es preexistente a la sociedad, al sistema político y particularmente al discurso jurídico, sino que será ese mismo discurso el que constituya su propia autoconcepción. Al mismo tiempo, la adopción de un pensamiento crítico implica el reconocimiento de subjetividades e identidades colectivas.

Es por eso que, posiblemente, sea éste uno de los puntos donde el pensamiento crítico latinoamericano tenga más que

---

<sup>11</sup> MOUFFE, Chantal: “Política agonística en un mundo multipolar”. Documentos CIDOB. Dinámicas interculturales, Nro 15, Barcelona, 2010, p. 6.

aportar –y consecuentemente también donde todavía haya más que explorar, pensar, crear..

Si, utilizando la terminología de Bachelard<sup>12</sup>, hiciéramos una suerte de psicoanálisis de la razón jurídica latinoamericana, y como parte del colonialismo cultural al que hacíamos referencia previamente, veremos que hemos heredado algunos traumas ajenos.

Es muy atendible que los autores europeos, que sufrieron regímenes totalitarios que accedieron al poder con un fuerte apoyo popular y que en nombre del pueblo han avasallado los derechos de las minorías, tengan particular recelo a los avances antidemocráticos de movimientos populares.

Pero, como hemos sostenido en más de una ocasión, no debemos perder de vista que las nociones de mayorías y minorías no pueden asociarse directamente con situaciones de mayor o menor poder real. En nuestras sociedades existen minorías privilegiadas y poderosas y enormes mayorías que representan a los sectores más débiles y vulnerables.

Nuestras dictaduras han sido siempre dictaduras de las minorías, que en nombre de la república, la democracia y la libertad han sistemáticamente violado los derechos que decían defender. Como contracara, incluso desde el pensamiento de izquierda latinoamericano, prácticamente hasta la aparición de la obra de Laclau<sup>13</sup>, se aceptó con liviandad la carga emotiva necesariamente negativa o peyorativa del término populismo.

Al mismo tiempo, América Latina ha sido fuente de una nueva forma de concebir los sujetos colectivos, que si bien ha tenido importantes desarrollos en el campo de las ciencias sociales, no ha penetrado lo suficiente en el campo de la filosofía del derecho.

La crisis del modelo neoliberal en Latinoamérica, a fines de los años noventa, no sólo implicó simultáneamente una crisis

---

<sup>12</sup> BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.

<sup>13</sup> Ver LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005



política sin precedentes, sino que resignificó el papel de los Nuevos Movimientos Sociales. En el caso de Bolivia, por ejemplo, el proceso que desemboca en la aprobación de la constitución de 2009 hubiera sido imposible mediante un sistema de representación político partidario o gremial tradicional. En ese sentido, el ejemplo boliviano no debería ser menospreciado a la hora de reformular el nexo entre la ciudadanía y la determinación de sus modos de gobierno.<sup>14</sup>

## **7. Universalismo/particularismo: la falsa dicotomía entre multiculturalismo y derechos humanos**

Tratando de simplificar algunos de los términos del debate, es posible pensar que hay una línea argumental común que hace desembocar a las características previas de las concepciones liberales del lado del universalismo y, por el contrario, a las teorías críticas cercanas al reconocimiento del multiculturalismo.

Ello es así en la medida que, si defendemos algún tipo de pretensión cognitiva en materia de razonamiento moral, si establecemos ciertos procedimientos o mecanismos que aíslan las circunstancias coyunturales, si realizamos ciertas construcciones intelectuales, etc., lo es, precisamente, para garantizar el carácter universal de nuestros resultados.

Para los autores liberales la cuestión es bastante sencilla. Basta con presentar teorías de “corto alcance”, que se contenten con sostener posiciones que pretenden ser compatibles con distintas concepciones del bien. En ese sentido es paradigmática la concepción de Rawls, que como sabemos no pretende más que ser una “teoría política” de la justicia, con la búsqueda de un consenso traslapado o superpuesto.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Ver CHAPLIN, Ann, “ Movimientos sociales en Bolivia: de la fuerza al poder”; Oxford University Press and Community Development Journal, 2010 [En línea].

<sup>15</sup> Rawls, J. “La Justicia como equidad: política no metafísica”, Mazzuca, S. (trad.), Política. Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad 1, 1996, 23-46. Y Rawls, J. El liberalismo político, Domènech, A. (trad.). Barcelona: Crítica, 1996

Esas posturas van acompañadas de una cierta concepción – también limitada- de cosmopolitismo. Aspiran, simultáneamente, trascender el Estado Nación y al mismo tiempo, ser compatibles con distintas culturas, aunque claro, aquellas culturas que ellos mismos consideran “razonables”.

Las corrientes críticas, en cambio, advierten la complejidad del debate en torno a los derechos humanos que pueden concebirse desde dos puntos de vista: como un localismo globalizado o como un cosmopolitismo subalterno e insurgente<sup>16</sup>. Por eso es necesario apartarse de las miradas eurocéntricas, aun aquellas autopercebidas como críticas y asumir que la única alternativa para superar la dicotomía universalismo/ particularismo es el intento de una reconstrucción genuinamente intercultural de los derechos humanos.

Dicha reconstrucción intercultural, según Boaventura de Sousa Santos, debería asentarse sobre algunos presupuestos que aquí sólo enunciaremos: a) conciencia de la incompletitud de todas las culturas, b) reconocimiento de la diversidad interna de todas las culturas; c) el respeto por los distintos tiempos para el diálogo intercultural; d) una agenda de temas planteada horizontalmente y no impuesta por cierta cultura y e) el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro la identidad.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Santos reconoce cuatro formas de globalización. Llama “localismo globalizado” al proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito (por ejemplo el uso de la lengua inglesa como lingua franca). Globalismo localizado, que consiste en el impacto específico de las prácticas transnacionales en las condiciones locales (por ejemplo, el uso turístico de tesoros históricos, deforestación y deterioro de recursos naturales para pagar deuda, etc), Denomina “cosmopolitismo” a prácticas globales contrahegemónicas (por ejemplo organizaciones sindicales sur/sur, foros antiglobalización) y finalmente “herencia común de la humanidad” a los asuntos que afectan inexorablemente a toda la humanidad (problema nuclear, sida, etc.). Ver Santos, Boaventura de S., La globalización del derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 48 y sgtes.

<sup>17</sup> Para un desarrollo más amplio de estos puntos ver Santos, Boaventura de Sousa, Descolonizar el saber, reinventar el poder, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010. CAPITULO 3.

## **8. Integridad/indeterminación: otra vez entre “nobles sueños” y “pesadillas”**

Así como Nino, Rawls o Habermas son autores post-positivistas que se destacan en el plano de la teoría política, otros como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky o Atienza se caracterizarán por sus desarrollos en el plano de la argumentación e interpretación jurídica.

Siguiendo con las simplificaciones, podríamos encontrar algunos rasgos en común a todos estos autores.

El primero tiene que ver con la constatación –en oposición a teorías de las normas como la desarrollada por Hart– de que el orden jurídico no se encuentra integrado exclusivamente por normas, sino también por principios.

En segundo lugar, la incorporación de principios opera una doble modificación del rol del juez en relación con la visión formalista. Por un lado, que la sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la ley cualquiera sea su contenido, sino guiada por tales principios. Por otro, que la tarea de subsunción, es reemplazada por la idea de ponderación, en caso de eventual conflicto entre principios.

La tercera característica tiene que ver con la idea de integridad o coherencia del orden jurídico. Aun cuando estos principios puedan parecer contradictorios, realizando adecuadamente la compleja práctica argumentativa en la que consiste la labor jurídica, es posible arribar a una respuesta correcta. En algunos casos se tratará de aplicar adecuadamente una fórmula, como en el caso de Alexy, en otros como Dworkin una tarea hercúlea de búsqueda en la tradición jurídico política de la comunidad.

Con muchas variantes, además, y dicho con terrible liviandad, podríamos sostener que estos autores piensan en dicha actividad como un ejercicio de la razón práctica y por lo tanto, que también hay un vínculo entre la solución moral y jurídicamente correcta.

En sus distintas variantes, por el contrario, las teorías críticas confluyen al menos en dos niveles de análisis insoslayables para poner en cuestión estos presupuestos.

Por una parte, en sintonía con las críticas formuladas por los Critical Legal Studies -para muchos los continuadores del realismo jurídico norteamericano- se pone énfasis en el plano ideológico y legitimatorio del discurso judicial. Así, por ejemplo, la actividad del juez pensado por Dworkin no se desarrolla heroicamente tras la búsqueda del ideal democrático de la sociedad, sino que detrás de su discurso hay fuertes componentes políticos.

Uno de los puntos más interesantes para rescatar de los CLS, fundamentalmente en Kennedy, consiste en advertir que la tensión entre “libertad” y “restricción” en la actividad judicial no obedece a las cualidades de los materiales jurídicos, sino que es una sensación o experiencia vivida por el propio magistrado.

Frente a los mismos hechos y con las mismas normas un juez puede sentir que la norma es clara y tiene no mucho margen de creación y otro, con distinta formación, valores o creencias, considerar que se encuentra frente a un caso atípico y debe recurrir a otros principios y normas para resolver la cuestión.<sup>18</sup>

En segundo lugar, cabe destacar que en su búsqueda de la construcción de un saber multi y transdisciplinario, las teorías críticas han asumido como centrales los aportes de la semiótica y la lingüística, que torna casi ingenua la idea de pensar en un sentido único de los materiales jurídicos. Como dice Cárcova: “*la hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la*

---

<sup>18</sup> Pensemos, por ejemplo, en los planteos sobre matrimonio igualitario. Durante años a la gran mayoría de los jueces le hubiera parecido que si dos personas del mismo sexo querían contraer matrimonio esto era imposible ya que la ley no daba lugar a ninguna duda, claramente hacía referencia a un hombre y una mujer. Otros jueces, sin embargo, frente a hechos idénticos, con la misma constitución y con la misma ley vigente han encontrado en el precepto legal una limitación que consideraban violentaba precepto de rango superior. Ver el fallo de la jueza Gabriela Seijas Expte. N° 34292 /0 caratulado FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (Art. 14 CCABA), que tramitó en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*comunicación, el constructivismo lingüístico, el fenómeno de la narratividad, han tenido un impacto trascendente en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica y han comenzado a proveer insumos de nuevo tipo para reanimar la reflexión jusfilosófica, como no podía ser de otro modo, dado que la materia prima fundamental que constituye el objeto al cual ellas refieren es el lenguaje y más genéricamente, el sentido y la comunicación”<sup>19</sup>.*

Nótese que cuando hablamos de interpretación no nos limitamos al plano meramente normativo, sino que aparece otro plano que también constituye un obstáculo complejísimo para entender el rol de la jurisdicción: la interpretación de las circunstancias fácticas.

Los aportes de la teoría literaria y la narratología<sup>20</sup> resultan claves para entender que el proceso judicial no deja -ni puede dejar de ser- un relato. Así, podremos estar atentos y develar los niveles de distanciamiento entre lo narrado y lo acontecido, ya que el discurso jurídico siempre se construye en forma parcial, fragmentada, seleccionada.<sup>21</sup>

## **9. Activismo tolerable/activismo indispensable: las particularidades del contexto latinoamericano**

Como hemos sostenido en un trabajo reciente: *“a partir del surgimiento de teorías de corte post-positivista y el abandono de la figura del juez como mecánico aplicador de la ley, del papel asignado a los principios y del carácter normativo de los textos*

---

<sup>19</sup> CÁRCOVA, C., 2009: <<Hay una traducción correcta de las normas>>, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Vol. 3, 2009, p. 35

<sup>20</sup> Esto no implica que haya una identidad automática entre el movimiento “derecho y literatura” y el pensamiento jurídico crítico, pero no deja de ser cierto que muchos autores críticos forman parte del mismo. Ver Roggero, Jorge (comp.) Derecho y Literatura. Textos y contextos, Eudeba, Buenos Aires, 2015.

<sup>21</sup> Un trabajo pionero en la materia es el clásico texto de Marí, E. Moi Pierre Rivière y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales en V.V.A.A., El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos, Hachette, Buenos Aires, 1982.

*constitucionales, se ha generado una doble preocupación: por un lado, el temor a que ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, se produzca un aumento en el poder discrecional de los jueces que ponga en riesgo las garantías constitucionales de los ciudadanos. Por otro lado, que voluntad popular expresada a través de la representación política, quede sometida a poder contramayoritario de los magistrados judiciales”.*<sup>22</sup>

La pregunta que cabe preguntarse, frente a este modelo restrictivo de actuación frente a antinomias y lagunas, es si hay chances reales, al menos en el contexto latinoamericano, de conseguir efectivamente su eliminación, o deberemos contentarnos con regodearnos desde la crítica externa a señalar su existencia, mientras personas de carne y hueso ven vulnerados sus derechos fundamentales.

Al mismo tiempo, podríamos cuestionar si el respeto de la constitución y la eliminación de antinomias es sólo deber de la justicia constitucional, o alcanza a todos los magistrados.<sup>23</sup>

Consciente de dichas limitaciones, Manuel Atienza acuña la expresión “activismo tolerable” advirtiendo que el umbral de aceptación de la intervención judicial en materia de eliminación o colmado de lagunas pueda no ser el mismo en sistemas jurídicos diversos: “puede entenderse que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos (los italianos o los españoles) a la hora de reconocer (o de «crear») derechos sociales, simplemente porque si ellos no lo hacen, no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia que

<sup>22</sup> Ver DUQUELSKY, Diego, 2018 “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial” en Doxa N° 41.

<sup>23</sup> Obviamente esto también estará condicionado con el sistema de control de constitucionalidad vigente en los distintos ordenamientos. Por otra parte, si bien es cierto que excedería el objeto de este trabajo, centrado en la actividad jurisdiccional, cabe reconocer como un déficit en los desarrollos de las teorías críticas del derecho la escasa atención a los incumplimientos normativos por parte de otros órganos de gobierno como los poderes ejecutivos y legislativos.

se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc.” (ATIENZA, 2011: 85)

Pensamos que desde una concepción crítica del derecho es posible dar un paso más, y señalar que muchas veces lo tolerable se torna imprescindible. Que en muchos casos –y no sólo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el único modo posible de hacer prevalecer “los derechos sobre los poderes” –para usar una expresión cara a la teoría de Ferrajoli- es mediante un “activismo garantista”.

La idea de un “activismo garantista” pretende señalar que es posible que los jueces adopten una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales.

Si la legitimación del juez radica en la democracia sustancial y no en la política, pensar que la satisfacción de los derechos fundamentales sólo se logra mediante el reenvío a las autoridades legislativas, difícilmente ayude a alcanzar el objetivo.

Ser conscientes de ésto tiene implicancias no sólo en términos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también en el campo de las libertades civiles de otros grupos desaventajados –pienso en casos como el matrimonio igualitario, la identidad de género, derechos reproductivos, entre otros- e inclusive en materia penal.

## **10. Fe/desconfianza en los juristas: de nuevo sobre la función paradójal del derecho**

Entonces ¿podemos o no tener confianza en el derecho y los juristas para transformar la realidad?

Para las concepciones liberales, modernas, constructivistas, sin dudas la respuesta será positiva. Si somos capaces de recuperar los valores de la ilustración, convertir racionalmente al derecho como un modo de garantizar la libertad, la igualdad y la fraternidad, si conseguimos construir modelos que nos

permitan conocer y distinguir lo correcto de lo incorrecto, si la democracia nos otorga herramientas participativas para que las normas sean el resultado de una deliberación amplia, si logramos que en el ejercicio de sus prácticas argumentativas los operadores jurídicos hagan uso del razonamiento práctico y arriben a soluciones justas, ¿no sería razonable tener fe en el derecho? Es más, nuestra obediencia a las normas estaría a un paso de encontrarse justificada no sólo en base a la coerción, sino también moralmente.

Desde el punto de vista crítico, como hemos visto, resultan insostenibles todos esos presupuestos ideales. Como señalábamos en un trabajo reciente<sup>24</sup>, no podemos olvidar el papel profundamente conservador que históricamente ha cumplido el discurso jurídico en América Latina, particularmente a través de vastos sectores del poder judicial -anclado en estructuras tendientes a reproducir las formas dominantes de control social-, reforzadas desde el ámbito académico-jurídico, con una visión preponderantemente formalista y acrítica. Consideraciones que podríamos hacer extensivas a otros ámbitos jurídicos, como el mundo académico.

¿No hay nada que se pueda hacer, entonces?

Pensamos que uno de los principales aportes de las teorías críticas del derecho en la Argentina<sup>25</sup> fue abandonar la lectura lineal del marxismo de concebir al derecho simplemente como un elemento superestructural de reproducción de relaciones de dominación, para desarrollar la idea de “función paradójica”. El papel del derecho dependerá de una relación de fuerzas que permite determinar que *“en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de*

<sup>24</sup> DUQUELSKY, Diego, “La falsa dicotomía entre activismo y garantismo judicial”, op. cit.

<sup>25</sup> A través de los trabajos de Enrique Marí, Carlos Cárcova, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman, Lucía Aseff, Claudio Martyniuk, Jorge Douglas Price o Mario Portela entre tantos otros (ver por ejemplo AAVV Materiales para una Teoría Crítica del Derecho, Abeledo Perrot, Bs. As., 1991 o AAVV, *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.)



*sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política”.*<sup>26</sup>

Para que ese uso emancipatorio y alternativo del derecho sea posible, se torna indispensable ser conscientes no sólo de las limitaciones del pensamiento moderno liberal sino también de las propias teorías críticas de raíz eurocéntrica, en múltiples niveles. A modo de cierre de este trabajo, entonces, me centraré en aquellos tres obstáculos que puedo visualizar con más claridad.

En primer lugar, que los modos de dominación que atraviesan nuestras sociedades son particularmente complejos y es imposible abordarlos críticamente sin una mirada simultáneamente anticapitalista, anticolonialista y antipatriarcal. Ninguna de las tres perspectivas, tomada aisladamente, resulta suficientemente emancipatoria.

En segundo término, como bien señala Boaventura de Sousa Santos, las teorías críticas de raíz eurocéntricas se han concebido a sí mismas como un pensamiento de vanguardia, generado desde los países centrales con el objeto de liderar y guiar los reclamos de los movimientos de corte progresista alrededor del mundo.

Sin embargo, en lo que va del siglo XXI, las luchas sociales más transformadoras e innovadoras, se han generado desde el Sur, en contextos socio-político-culturales muy distintos a los pensados por los intelectuales de izquierda de la elite académica mundial.

Por eso, la idea que propicia Boaventura es priorizar lo que denomina teorías de retaguardia, es decir, *teorías “que acompañen muy de cerca la labor transformadora de los movimientos sociales, cuestionándola, comparándola sincrónica y diacrónicamente, ampliando simbólicamente su dimensión mediante*

---

<sup>26</sup> CARCOVA, Carlos M., *Notas acerca de la teoría crítica del derecho*, en AAVV, *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

*articulaciones, traducciones, alianzas con otros movimientos*<sup>27</sup>.

Finalmente, y muy ligado a lo anterior, es imperioso tender puentes entre las teorías críticas y los operadores jurídicos de carne y hueso, que son actores cruciales a la hora de llevar a cabo las luchas por los derechos.

Es notable como una parte importante del pensamiento crítico latinoamericano del siglo XX renegó de lo local, del barro y se limitó a sofisticadas discusiones teóricas con autores europeos. La creciente profesionalización de la academia sigue siendo caldo de cultivo para ese tipo de prácticas, con sus criterios burocráticos de evaluación, exigencia de publicación en determinado modelo de revista científica, etc.

Así como Alicia Ruiz se refería a los magistrados como los “modernos brujos”<sup>28</sup> y Cárcova pensaba en el lenguaje jurídico como uno de los grandes generadores de “opacidad del derecho”<sup>29</sup>, tenemos que ser lo suficientemente autocríticos para advertir que hemos desarrollado una terminología críptica y hemos dado por sentados una serie de conocimientos previos –conceptos, corrientes, autores, etc.–, que operan como barreas infranqueables para la mayoría de abogados, jueces, fiscales e incluso académicos de las disciplinas dogmáticas.

De allí el desafío de pensar en modos de construcción de un saber que logre discutir y disputar espacios en la elaboración de planes de estudios de grado, posgrado, escuelas judiciales, colegios de abogados y demás ámbitos desde los que contribuir a la formación del sentido común jurídico alternativo y emancipatorio, que merezca llamarse crítico.

<sup>27</sup> SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Extensión universitaria: Universidad de la República, Montevideo, 2010.

<sup>28</sup> Ruiz, Alicia E. C., “La ilusión de lo jurídico”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991

<sup>29</sup> Cárcova, Carlos M., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998

# Proceso cultural libertador y poder constituyente. La constitución como producto cultural.

## En memoria de Joaquín Herrera Flores

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

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e384>

## Introducción

*“Creemos urgente la tarea de construir una cultura de derechos en la que prime la indignación frente a las injusticias y la exigencia de una praxis alternativa a las situaciones que constituyen las causas de la explotación y la marginación de la gran mayoría de los habitantes de nuestro planeta. Estamos, pues, ...ante un concepto de lo cultural que intenta servir como un cuchillo cuyo filo aprieta siempre contra el futuro, contra los bloqueos ideológicos que intentan imponer una sola visión del mundo como la universal y la hegemónica y contra los obstáculos que nos impiden desarrollarnos interculturalmente. En definitiva, un concepto de lo cultural que*

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Político. Universidad Nacional de La Plata (UNLP), y Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam). Investigador cat. 1 Sistema Nacional de Incentivos. Director del Ci.Der.Crit (Centro de Investigación en Derecho Crítico. FCJyS. UNLP). Director del programa de postgrado Especialización en Derechos Humanos (UNLPam). Doctor en Derechos Humanos. UPO. Sevilla. Máster en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica. UNIA. Autor de publicaciones sobre Derechos Humanos y Teoría Constitucional en Argentina, España, México, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil. Correo electrónico: [medici.alejandro@gmail.com](mailto:medici.alejandro@gmail.com), [alejandromedici@jursoc.unlp.edu.ar](mailto:alejandromedici@jursoc.unlp.edu.ar).

*vaya contra todo lo que disminuya nuestra capacidad y potencialidad genérica de hacer y desbacer el mundo”*

Joaquín Herrera Flores

*El proceso cultural.*

*Materiales para la Creatividad Humana*

En el presente texto proponemos una comprensión de las constituciones como productos culturales y de los procesos constituyentes como procesos culturales, tomando como marco la teoría crítica de la cultura de Joaquín Herrera Flores, desarrollada en algunas de sus obras más significativas: “El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana”<sup>2</sup>, “Los derechos humanos como productos culturales”<sup>3</sup>.

A más de diez años de la prematura muerte de Joaquín, con quien he tenido el privilegio de aprender y colaborar, intento compartir por medio de este texto, una fundamentación de temas de teoría constitucional desde su pensamiento crítico. Sumamente pertinente y oportuno resulta el pensamiento del iusfilósofo sevillano a la luz de los actuales acontecimientos en América Latina en general, pero especialmente en Chile.

Al mismo tiempo, como estas reflexiones están basadas en experiencias que surgen del constitucionalismo regional de Nuestra América, intento tener coherencia con la metáfora de Anteo, que Herrera Flores expusiera en el libro, de varios autores, “El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal”<sup>4</sup>. El titán Anteo, hijo de Gea, era invencible en tanto se mantuviera con los pies en el suelo, pero perdía fuerza cuando era separado de su madre-tierra. Tal fue la astucia de

---

<sup>2</sup> Herrera Flores, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua. Sevilla. 2005.

<sup>3</sup> Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Catarata. Madrid. 2005.

<sup>4</sup> Herrera Flores, Hinkelammert, Gutierrez, Sanchez Rubio, *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2000.

Hércules, que, en una de sus célebres tareas, debía robar el fruto del jardín de las Hespérides, que era justamente cuidado por el poderoso Titán. Desarraigado y arrojado al aire por Hércules, Anteo quedó desempoderado, y vencido, no pudo evitar el despojo.

Esta metáfora, como ha explicado mi querido amigo David Sánchez Rubio<sup>5</sup>, puede tener distintas comprensiones, matices y significados, pero en uno de sus sentidos, supone una crítica de las concepciones abstractas y formalistas acerca de los derechos humanos. En esta perspectiva crítica, se propone como alternativa a esas comprensiones hegemónicas, la que entiende los derechos humanos como procesos complejos de apertura y consolidación de espacios de lucha por las plurales formas de entender la dignidad humana, por el acceso a los bienes que satisfacen las necesidades sociales.

## **1. Procesos culturales bloqueados y matriz social de colonialidad**

Con el correr de los años, por mi parte, he ido afirmando una comprensión que le agrega, a la crítica de la cultura liberal

---

<sup>5</sup> DAVID SÁNCHEZ RUBIO me decía, hace años, en afortunadas noches de conversaciones sevillanas, que el mito de Anteo, como todo mito, podía tener interpretaciones alternativas o matizadas. Anteo como línea de fuga o flotante para desorientar y desarraigar prejuicios que lo inmovilizan, provocación para descubrir nuevos horizontes y/o paradigmas o punto débil, fisura en los paradigmas establecidos. Sin descartar estas interpretaciones posibles, nosotros pensando desde una actitud descolonizadora, desde la exigencia de las situaciones de colonialismo interno en Nuestra América y el Sur en general, buscamos rescatar nuestro derecho a un pensar situado, vinculado a nuestras realidades históricas, a nuestro pensarnos y no ser pensados desde el Norte "europeanamericano", desde la hegemonía de las academias centrales. De ahí la sugerente presencia del desarraigo, del humanismo abstracto, desvinculado de su cultura, corporalidad, necesidades radicales que el mito de Anteo nos inspira. Para llegar al vuelo de Anteo como línea de fuga, problematización y afirmación de nuevos horizontes de sentido, primero debemos generar la conciencia de nuestra dependencia y desarraigo cultural. La crítica cultural no puede no ser enunciada desde un pensamiento situado que pone en respectividad mutua estas interpretaciones posibles del "vuelo" de nuestro Titán: como negación de la negación del humanismo concreto (Joaquín), como afirmación de otros mundos posibles (David).

formalista y abstracta de los derechos, un sentido que exige nuestra condición moderna/colonial regional y nacional. Se trata de una exigencia moral, política, histórica de los derechos, las constituciones, los procesos constituyentes desde nuestra situación, nuestro lugar de enunciación no meramente geográfico, sino cultural.

Esta comprensión tiene que ver con la matriz de colonialidad del poder<sup>6</sup>, del saber, del ser y del hacer que configura una tonalidad típica de nuestros productos y procesos culturales que por lo tanto pueden adjetivarse, en muchos aspectos relevantes, como fetichizados, y bloqueados, respectivamente. Coloniales en definitiva.

La metáfora de Anteo, nos habla así del desarraigo de las constituciones y del retaceo histórico de los procesos constituyentes populares en América Latina. Retaceo sustentado en una injusta división del trabajo social, sexual, étnica y territorial del hacer humano, que en nuestra región tiene que ver con dicha matriz de colonialidad.

El proceso cultural, la objetivación de producciones culturales, tiene un carácter siempre tenso en la mirada de Joaquín Herrera Flores, *“la existencia omnipresente de lo cultural en la vida humana, pone en evidencia la capacidad de creación de nuevas significaciones y nuevos sentidos que tenemos los seres humanos con respecto a los órdenes establecidos; y al mismo tiempo, los constantes intentos políticos e ideológicos por obstaculizar y limitar tal potencialidad en nombre de algún absoluto incontestable, o por la apelación a “algo” trascendente a la propia actividad humana”*<sup>7</sup>.

Sostenía Joaquín, que sólo en los actos de creación cultural, cuando la reacción a los entornos de relaciones con los otros,

---

<sup>6</sup> Quijano, Anibal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. En: Lander, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. UNESCO-CLACSO. Buenos Aires. 2000.

<sup>7</sup> El proceso cultural, op. cit., p. 11.

con nosotros mismos, y con la naturaleza, producía creatividad humana, logramos controlar nuestra existencia en el mundo. La libertad, por ejemplo, como uno de los componentes reconocidos generalmente como dimensión fundamental de la dignidad humana, no puede presumirse “a priori”, sino que es experiencia. Y no es cualquier experiencia, sino experiencias de reacción creativa frente a los entornos de relaciones, que por eso generan libertades. Ese aspecto de creatividad que permite superar bloqueos y obstáculos en las relaciones sociales pone la acción como productora de la libertad, y a esta como resultado. Es decir, como procesos de liberación.

El hacer humano, no entendido en sentido económico solamente, sino en toda su potencialidad, multiplicidad y diversidad, es la fuente de toda riqueza.

Por eso, no existen culturas superiores o inferiores: *“Todas las formas de vida reaccionan culturalmente frente a sus entornos de relaciones. Al existir diferentes y plurales formas de relacionarse con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza, las reacciones culturales serán diferentes, pero nunca inferiores y superiores las unas con respecto a las otras. Son, precisamente, los bloqueos de esa capacidad humana genérica de reaccionar y actuar culturalmente sobre el mundo, lo que nos permite distinguir entre pueblos y formas de vida bárbaras y civilizadas: ¿no constituye el colonialismo moderno una forma de barbarie al impedir que los pueblos colonizados pudieran reaccionar libremente ante sus respectivos entornos de relaciones?...si existe algo universal y racional es, por el contrario, la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo. Todo lo demás no será más que dominación y legitimación de la rapiña y la violencia”*<sup>8</sup>.

¿Cuál es el fin de esa barbarie que son las formas pasadas y actuales del colonialismo? El despojo de nuestra capacidad

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 14.

de reacción creativa frente a la injusticia de los entornos de relaciones sociales, sexuales, *étnicas* y territoriales.

En sus Lecciones de Filosofía de la Historia Universal, Hegel<sup>9</sup> proveyó una de las más célebres justificaciones de esa colonialidad bloqueadora de nuestro proceso cultural. La razón o Idea, el Espíritu en su desarrollo, va descartando, poniendo al margen de la historia, a pueblos y culturas. Indios, negros, judíos, musulmanes, latinos y por supuesto, en el subtexto, todas las mujeres, son descartadas en el progreso del espíritu<sup>10</sup>.

Se trata de un logocentrismo teleológico que se encamina hacia su fin y centralidad en la historia, que en su itinerario va descartando pueblos y culturas como un ángel exterminador. Una presentación idealizada como “progreso”, o “desarrollo” de los procesos históricos reales de colonialidad del poder, del saber, del ser y del hacer. Visto desde nuestra perspectiva, la barbarie que tiene su última encarnación en el neoliberalismo del capitalismo financiero globalizado.

Retomando la metáfora de Anteo, el colonialismo nos ha despojado y, en parte, vencido históricamente porque nos ha privado de nuestros propios procesos de reacción cultural creativa, de nuestros propios procesos de relación y de identificación. Por eso, la metáfora nos enseña que la garantía social de nuestra creatividad cultural, de nuestra capacidad de reacción autónoma para superar las jerarquías y las desigualdades de nuestras relaciones sociales, es mantener un arraigo, un pensamiento situado en las exigencias de nuestra realidad y de nuestro contexto.

¿Qué somos nosotros como latinoamericanos y como brasileños, mexicanos, bolivianos, chilenos, colombianos, ecuatorianos, andaluces, argentinos, etc.? Eugenio Zaffaroni propone

<sup>9</sup> Ver Hegel, George W. F. *Introducción a la historia de la filosofía*. Aguilar. Buenos Aires. 2010; *Filosofía de la historia*. Claridad. Buenos Aires. 1976.

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2016, pp. 28/29.



una sugerente respuesta que vinculamos con la apuesta por un proceso cultural abierto, creativo y diverso, que se nos ha negado en diversos cronotopos de Nuestra América, del Sur como *locus enuntiationis*. Negación que ha tomado y toma distintos formatos (regímenes coloniales o neocoloniales oligárquicos, autoritarios, neoliberales, siempre todos ellos patriarcales y culturalmente alienados, dependientes).

Sostiene Zaffaroni: *“Basta invertir la imagen de Hegel y reemplazar su ideal espíritu por el real colonialismo, para caer en la cuenta de que somos el real resultado sincrético de expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias, lo que nos dota de una interesante unidad, bien singular en el planeta”*<sup>11</sup>.

Lo nuevo que se nos imputa en la filosofía de la historia de Hegel, como la “carencia de historia”, no es así, dadas las características milenarias de las culturas precolombinas de Nuestra América. Mas vale lo nuevo pasa, dice Zaffaroni, por el proceso cultural creativo que protagonizamos en nuestra interacción. Lo que singulariza y atraviesa nuestra humanidad latinoamericana, nuestra pertenencia al Sur, es que esta humanidad nuestra se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo, que niega o retacea su dignidad, en un territorio en que millones de personas interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta<sup>12</sup>.

Si esta afirmación de Zaffaroni parece hoy lejos del sentido común hegemónico y de las percepciones culturales distanciadas, del desconocimiento que tenemos unos pueblos de otros en América Latina y el Sur global, eso tiene que ver con unas lentes enfocadas en la producción cultural de los centros dominantes en lo geopolítico y lo geoeconómico del mundo.

---

<sup>11</sup> Zaffaroni, op. cit., p. 31.

<sup>12</sup> Ibid.

En realidad, *“las culturas siempre han estado en contacto mutuo; han sido los intereses y los objetivos geo-estratégicos de poder y dominación los que han bloqueado el contacto y el intercambio cultural, con lo que más que de identidad, habría que hablar de montajes identitarios...”*<sup>13</sup>.

De ahí los procesos de montaje cultural de nuestras naciones, que nos retacean la creatividad popular, que nos parcelan unos de otros, desde una lente radiocéntrica que nos clasifica, nos mide, nos jerarquiza, desde los diseños globales, a través del bloqueo de nuestra capacidad de reacción cultural, de la riqueza de nuestros procesos de relaciones y de identificación con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza. De ahí el despojo y la naturalización de la división del trabajo social, sexual, étnica y territorial en base a una matriz persistente, aunque cambiante en sus formatos, de colonialidad. De ahí que no podamos entender nuestros procesos culturales sin develar su carácter moderno/colonial.

Entro los productos culturales más relevantes que debemos comprender en este contexto, las constituciones, y los procesos culturales que las conforman, en parte, se solapan con lo que la teoría constitucional llama “poder constituyente”.

Los procesos de retaceo o negación del poder constituyente popular, de fetichización de las constituciones, de encriptación del código del lenguaje constitucional, serán comprendidos aquí como procesos ideológicos de bloqueo del circuito de reacción cultural y retaceo de la creatividad popular en lo que hace a estos productos tan singulares e importantes histórica, política y socialmente.

## **2. La constitución como producto cultural.**

En las sociedades moderno/coloniales latinoamericanas, la constitución de los estados nación fue de la mano de una

---

<sup>13</sup> Herrera Flores, op. cit., p.13.

arquitectura institucional aportada por el constitucionalismo como movimiento político trasplantado desde Estados Unidos y algunas naciones europeas.

En los estados nacionales “nuevos” postcoloniales de Nuestra América, la constitución resulta un singular e importante producto cultural. Las primeras constituciones regionales surgen como estatutos de nuevos ensamblajes identitarios en el formato de la nación, y expresan “resúmenes oficiales”, las relaciones de fuerzas, las asimetrías de las relaciones sociales, sexuales, étnicas, territoriales con que esas nuevas identidades nacionales surgen al mundo.

El juego de lenguaje constitucional (como discurso con efectos performativos), integrante de la geocultura del sistema mundo moderno/colonial, se posiciona como credencial de modernidad jurídica y política para las naciones que se van construyendo como resultado de las independencias y los procesos de organización de los estados postcoloniales.

La constitución es un singularísimo producto cultural, en el plano jurídico se relaciona con la función performativa: organización institucional, imputación de derechos, establecimiento de garantías. Pero más allá, no se entiende sin un proceso de historia y construcción de identidad, sin recurrir a narraciones de identificación fundacional o de pasados que se quieren dejar atrás. Por eso las constituciones en tanto productos culturales son mediaciones que más allá de lo jurídico articulan proyectos políticos que en ellas se declaran, definen. Condensan también valoraciones sociales, preferencias sociales generalizadas que se objetivan en sus preámbulos, declaraciones y principios. Pero también usos y comprensiones del territorio que la constitución delimita desde sus pretensiones de imperatividad.

Las constituciones, al abstraer los contextos de relaciones de las que son producto, igualan en un plano formal lo que son tramas de desigualdad. Al mismo tiempo al hacer montajes de identificación en la construcción de naciones, fuerzan la homogeneidad de la pluralidad social, territorial, cultural. Los

antagonismos y conflictos tienden a resolverse o negarse en el plano de consensos básicos que se expresan como un resumen oficial de la sociedad, bajo el cual hay que saber leer las relaciones de dominación y de desigualdad.

Constituir en términos de acción, como verbo, es “constituir con”, “constituir en conjunto” que puede ser otro de los sentidos de “constitución”. Entonces es importante ver la dimensión pragmática de esta acción, que en nuestra región tuvo todo un período marcado por la exclusión de las mayorías populares, sexuadas, coloridas, plurales y diversas. Preguntarse por la composición, la ideología y los compromisos resultantes del grupo juramentado en el acto de constituir, es historizar las dimensiones fundadoras de las “repúblicas” y las “democracias”. La negación, omisión o silencio del pluralismo, el color, la sexualidad, las cosmovisiones de nuestros pueblos significa la complicidad de la historia y de la teoría constitucional regional con procesos culturales coloniales, ideológicamente bloqueados.

El pueblo formal es el conjunto de ciudadanos letrados, varones, propietarios que forman el padrón electoral y que configura sociológicamente la elite organizadora de los estados nacionales poscoloniales regionales. El grupo juramentado que ejerce la función constituyente coincide con una elite triunfante en los conflictos por la organización del estado, que es una condensación de las relaciones de fuerzas.

De ahí que, de entornos de relaciones marcados por la desigualdad social, sexual, étnica y territorial, surge un proceso cultural ideológicamente bloqueado, y un producto cultural sesgado, que son las constituciones liberales del siglo XIX a partir de las que se organizan nuestras sociedades.

### **3. Proceso culturales bloqueados, ideológicos, coloniales y fetichismo constitucional**

En primer lugar, existe la diseminación de un concepto fetichizado, y en consecuencia, encriptado, de constitución. El

constitucionalismo democrático o radical, ha sostenido siempre una idea de apertura temporal de la democracia como legado inconcluso, siempre en construcción: las generaciones presentes no pueden imponer sus instituciones, sus marcos constitucionales a las generaciones venideras. Estas tienen derecho a ejercer un poder constituyente fundador o reconstituyente sin más límites que los que surgen de la realidad histórica social. El poder constituyente popular es la capacidad de instituir de una comunidad política sobre lo que es, lo que debe ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones históricas de factibilidad. No obstante, una vez asentadas las revoluciones burguesas que dieron origen a la primera etapa del constitucionalismo, esta idea fuerte de poder constituyente y de “jurisgénesis” democrática quedó sometida, como dice Antonio Negri, a “un proyecto de control de la ciencia jurídica”<sup>14</sup> y la constitución se transformó, siguiendo entre otras fuentes, el *dictum* de los autores de “El Federalista”, y el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, en un instrumento con importantes elementos contramayoritarios. Al mismo tiempo, comenzó un proceso ideológico fetichista de justificación del recorte al carácter democrático del constitucionalismo.

Un fetiche es algo hecho por las personas, pero que por un mecanismo de inversión ideológica deja de estar disponible para pasar a imputársele propiedades místicas, incluso al punto de poner a las personas a su disposición. Marx trabajó este proceso de fetichismo al referirlo a la forma mercancía. El producto cósmico del trabajo vivo (el capital) se torna persona o sujeto apariencial, y el trabajador se transforma en una cosa (instrumento) al servicio del aumento del capital. Dussel lo ha aplicado en el campo de la política como poder fetichizado, un poder que en vez de fundarse en el consenso y la delegación de la comunidad política que lo instituye, pretende afirmarse como la sede, el fundamento y el ser del poder de la comunidad

---

<sup>14</sup> Negri, Antonio. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Libertarias-Prodhuji, Madrid, 1994, p. 20.

política. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como el fundamento, y el fundamento como lo fundado<sup>15</sup>.

Creemos que esta idea de fetichismo es una buena metáfora para explicar el proceso de debilitamiento y vaciamiento del fundamento democrático del constitucionalismo. Se trata del “fetichismo constitucional” que ya denunciaba en ocasión de las discusiones constituyentes de 1949 en Argentina, el filósofo Carlos Astrada, en los siguientes términos: *“La constitución es para el pueblo, no el pueblo para la constitución... No es el pueblo, ni él está presente en la vida política, para la constitución, para rendirle culto idolátrico, para vivir en la sabiduría, supuesta infalible, de los que se la dieron”*<sup>16</sup>.

En la teoría constitucional dominante se incurre en forma más o menos explícita en fetichismo constitucional. Se prioriza o bien la estabilidad y conservación, o bien un cambio orientado y pautado desde las elites económicas, políticas y concretado por la experticia técnica de los constitucionalistas. La constitución, como una cúpula catedralicia de un templo edificado a lo largo de generaciones, aparece como el resultado intangible, ornado, lejano y alto de la *phronesis* constitucional de los iniciados en sus secretos. El dinamismo se da exclusivamente por vía interpretativa o por los propios cauces previstos por el programa constitucional, el protagonismo de la jurisdicción contramayoritaria en el ejercicio del control de constitucionalidad, y las presiones de los poderes fácticos corporativos y mercantiles hacia la “seguridad jurídica”, que siempre es la suya. El enfrentamiento con cualquier atisbo de postneoliberalismo que problematice este consenso constitucionalista liberal, produce un alineamiento casi automático “políticamente correcto”, en defensa de la constitución que obtura cualquier juicio crítico

<sup>15</sup> Dussel, Enrique. *20 tesis de política*. Siglo XXI-CREFAL. México. 2006, pp. 40-47.

<sup>16</sup> Astrada, Carlos. “Fetichismo constitucional”. En: Fara, Luis, y Gerber, Santiago (Comps.) PERÓN, Eva, Cooke, John William, Astrada, Carlos, Scalabrini Ortiz, Raúl, Perón, Juan Domingo, Sampay, Arturo Enrique. *1949. Una constitución para la patria justa, libre y soberana*. Piloto de Tormenta. Buenos Aires. 2012. p. 36.

acerca de la justicia del sistema constitucional: el que es, el que debe ser y el que puede ser. Las causas formales detonantes del golpe de estado contra Zelaya en Honduras son un ejemplo: el golpe se fundamentó por el Congreso y el Poder Judicial de ese país en nombre de “la defensa de la Constitución”. El mismo esquema de justificación se utilizó en el golpe contra el Presidente Lugo en Paraguay. La fundamentación paradójicamente torcida del derecho y en última instancia del derecho constitucional, avalada por los grupos multimediales oligopólicos ejerciendo censura indirecta en los términos del art. 13.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, está en la base de la prisión política contra Luiz Ignacio Da Silva en Brasil, que impidió una nueva presidencia suya en Brasil, y facilitó el camino para la instauración electoral del régimen neoliberal y neofascista de Jair Bolsonaro. Este mismo dispositivo apoyado en la articulación de servicios de inteligencia, oligopolios y poder judicial bajo pretextos constitucionales está en la base de los presos políticos y la persecución de los/las líderes de la oposición en Ecuador y Argentina. Sólo transformando la constitución de herramienta popular en un código encriptado por elites económicas, culturales y políticas contramayoritarias, es posible llevar adelante este proceso de guerras irregulares y asimétricas contra la soberanía de los pueblos, afectando no sólo el estado constitucional social y democrático sino las propias garantías liberales del debido proceso, como la presunción de inocencia.

En suma, como consecuencia de este proceso de fetichización, la constitución en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía y en especial da relevancia a la acción y a la voz de los grupos sociales más postergados y subalternizados, resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento. Por tal encriptamiento, hay que entender un efecto del fetichismo constitucional.

Según Ricardo Sanín, las técnicas de encriptamiento constitucional difieren del secreto. Se trata al contrario de manifestaciones visibles pero *“Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, los protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indescifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. Así, La encriptación depende de la existencia de un grupo que tiene acceso a las fórmulas con las cuales se encripta y de otro grupo que las desconoce por completo. Estos últimos, al ser los lectores no autorizados, son tratados como los rivales por engañar”*<sup>17</sup>.

El conflicto social, que en una sociedad democrática, lejos de ser una patología conduce potencialmente a la transformación institucional, es expulsado fuera del derecho constitucional y de la teoría constitucional. Pero la constitución, los procedimientos de reglamentación legal y de aplicación o concretización constitucional en las decisiones permanecen en manos de un conjunto de técnicos que no obstante marcan rumbos de la política. Se produce el vaciamiento de la ciudadanía y la paradoja de los “ciudadanos siervos”<sup>18</sup>.

Justamente el punto en que la historia, la política y el derecho confluyen más claramente, allí donde la visibilidad debería ligar al protagonismo social del conjunto de la ciudadanía, resulta el punto más denso de la encriptación y termina siendo funcional a los fenómenos de “soberanía porosa” y transformación de los marcos jurídicos en poleas de transferencia de decisiones vitales en materia económica a los centros de decisión de las instituciones internacionales y supranacionales económicas y financieras. Es decir, la encriptación, como efecto del fetichismo constitucional, está en el centro del ataque contra

<sup>17</sup> Mendez Hincapié, Gabriel y Sanin Restrepo, Ricardo. “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. En: *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Nro. 8, San Luis Potosí, 2012, pp. 97-120.

<sup>18</sup> Capella, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta. 1993, pp. 135.153.



el constitucionalismo democrático y social que denuncia, por ejemplo, Gerardo Pisarello<sup>19</sup>.

El contraste con las experiencias del nuevo constitucionalismo transformador de los primeros lustros del siglo, en este punto, no puede ser más marcado, tanto en Venezuela, como en Bolivia, y en Ecuador, se habían recuperado en los procesos constituyentes materiales y en las variadas formas de institucionalización de la participación popular, como derecho y como garantía, una fórmula de legitimidad democrática fuerte<sup>20</sup>. En estos casos la constitución aparece como un código popular. Pero además los procesos constituyentes, fueron el producto de una experiencia de luchas y organizaciones populares que apelaron a las propias bases materiales y simbólicas de los grupos históricamente subalternizados por la matriz de colonialidad del poder, templados y fortalecidos en las luchas de resistencia al neoliberalismo. Luchas frente a un estado que, en los años 90 del siglo pasado, había cedido sólo formalmente al reconocer un multiculturalismo políticamente correcto, sin que varíen en la realidad la colonialidad de las relaciones sociales, ni el bloqueo del proceso cultural.

De esta experiencia surge la enseñanza de que no hay genuino pluralismo e interculturalidad sin una radical redistribución del poder social hacia los grupos subalternizados. Frente a una narrativa usual en la teoría constitucional que sostiene una especie de evolución constitucional desde el estado monocultural, pasando por las políticas de integración y el multiculturalismo hasta el estado plurinacional e intercultural, debemos decir que la verdadera historia del pluralismo, de la demodiversidad y de la interculturalidad recién ha empezado. Estamos ante una inflexión histórica desde el constitucionalismo sudamericano, como lo había sido la constitución social de

---

<sup>19</sup> Pisarello, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta. Madrid. 2011.

<sup>20</sup> Viciano Pastor, Roberto (Ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012, pp. 25-36.

Querétaro de 1917. Se trata de inscripciones disruptivas, desde los márgenes epistémicos y políticos, en el constitucionalismo como vector del sistema mundo moderno/colonial. Son las de Bolivia en 2009 y Ecuador en 2008, las primeras constituciones que formulan el estado plurinacional. Y ello como producto de transformaciones políticas y sociales de carácter refundador, como lo narran sus respectivos preámbulos.

Estos procesos constituyentes que delimitan un contexto de reflexión crítica, no celebratoria, dado que el nivel del derecho constitucional por sí sólo no transforma nada sino es actuado y protagonizado por el sujeto popular, no obstante se recorta innovadoramente contra un escenario en general mucho más adverso que presenta la presencia de un verdadero circuito en que los fenómenos de fetichismo constitucional –encriptación constitucional-alienación constitucional- se concatenan, resultando en el reforzamiento del fetichismo.

Porque como lo ha sugerido Carlos de Cabo Martín<sup>21</sup>, reflexionando sobre el proceso de desconstitucionalización del estado social a raíz de la ofensiva del capitalismo neoliberal en su fase de acumulación financiera en contextos de inestabilidad y crisis económicas, se genera una especie de “consenso hacia la baja”, que es en la práctica simétricamente opuesto a los “pactos sociales” que en la narrativa del constitucionalismo social, se suponía estaban en la base de los estados de compromiso social a partir de un nuevo protagonismo de la clase trabajadora que, merced a sus luchas, obtenía un nuevo punto de equilibrio.

Esta narración, si alguna vez tuvo algo de verdad y sobre todo si tuvo algo de plausibilidad pensada desde nuestro contexto latinoamericano, hoy deja paso a una realidad de pactos de estabilización y seguridad económica que se constituyen como verdaderos “*pactus subiectionis*”, asimétricos siempre en contra de los sectores populares, de sus ámbitos de reproducción vital,

---

<sup>21</sup> Cabo Martín, Carlos. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*. Trotta. Madrid. 2010, pp. 95-96.

pero justamente por eso beneficiarios de los intereses de la acumulación de capital al compás de los procesos de globalización neoliberal y de la procura de la creación de espacios e infraestructuras orientadas al libre comercio.

Es allí donde ese consenso obtenido en democracias electorales pasivas, de baja intensidad, o tal vez debamos llamarlas regímenes mixtos que combinan el predominio económico “neo-oligárquico” con la representación electoral, o también, poliarquías electorales, estrecha el marco de la interpretación y actuación constitucional –en sentido amplio y no solamente judicial-. Los contenidos genuinamente pluralistas, sociales, participativos de las constituciones, aún con las limitaciones que surgen de los textos constitucionales *ab initio*, son interpretados en forma cada vez más restringida, cada vez más a la defensiva. Son circunscriptos y atados a los objetivos de la política económica neoliberal aplicada por los estados e incorporada en la propia lógica de funcionamiento del estado que ahora debe desplegar en su administración y acción pública una racionalidad económica en términos de eficacia y eficiencia. Y también son contrariados, aún en sus contenidos garantistas básicos de los derechos humanos, por las guerras de baja intensidad, por la criminalización de la protesta social, los abusos de poder policiales y administrativos cotidianos que sufren los sectores populares.

Se trata de un consenso vehiculizado por los grandes foros institucionales globales y regionales, los grandes grupos multimediales, los partidos políticos sistémicos, las empresas y grupos financieros beneficiarios. Su componente de legitimación recurre por una parte a la idea de que no existen alternativas ideológicas y que entonces se trata de procurar la eficiencia de los mercados, pero también en un alto componente de miedo social que toma como excusa las propias consecuencias de la desigualdad y desestructuración social que estas políticas producen, devenidas ahora causas en sí mismas que justifican la militarización de la sociedad.

En ese contexto, se produce la “alienación constitucional” cuando la propia constitución es esgrimida y utilizada contra los sujetos populares críticos del estado de cosas: de las alternativas de políticas e interpretaciones constitucionales se pasa a las diferencias que se dan dentro del consenso hegemónico. Por lo tanto, el consenso hegemónico se toma como sinónimo del pluralismo constitucional y quienes sufren, resisten o critican este estado de cosas se presentan como enemigos de dicho pluralismo constitucional. De esta forma la constitución fetichizada y encriptada es también alienada de los subjetividades populares que pasan a ser “enemigos de la constitución”: se configura un “derecho constitucional del enemigo”, por parafrasear un término utilizado en el derecho penal, es decir, a quien se considere como enemigo del sistema se le debe aplicar un derecho constitucional distinto al reservado al ámbito intrasistema<sup>22</sup>.

En ese marco, los acontecimientos que suceden en Chile parecen despertar las esperanzas de un aprendizaje y experiencia social emergente como reacción a más de 30 años de neoliberalismo. Se demanda el ejercicio de la reconstituyencia popular para acabar con la arquitectura institucional del neoliberalismo, expresado en la constitución vigente en el país traidor, sustentada en una movilización constante de distintos grupos afectados, como son sindicatos, mujeres, pensionistas, estudiantes, usuarios de servicios públicos esenciales, familias endeudadas, pueblos originarios, etc. Resulta esperanzador en relación a otros cuadrantes de resistencias populares en nuestra región, y a otros procesos y ciclos de movilización en Chile, que se identifique la constitución vigente como producto de un proceso cultural bloqueado, y como punto de desbloqueo para empezar un proceso cultural emancipador.

---

<sup>22</sup> Cabo Martín, op. cit. p. 96.

## **Conclusiones: el retaceo del poder constituyente popular como bloqueo del circuito de reacción cultural**

En el pensamiento jurídico crítico regional, hemos pasado del pluralismo jurídico emancipatorio y del derecho alternativo ofensivos, al pluralismo jurídico defensivo y cada vez más, a un garantismo jurídico o neoconstitucionalismo defensivos. Las garantías (por ej. la “garantía social” del constitucionalismo jacobino, la resistencia, la movilización popular, etc.) de ser pensadas en un sentido amplio y no sólo jurídico, se reducen a promover las operaciones de ponderación en materia por ej., de derechos sociales y colectivos que al operarse en un contexto más y más adverso, se producen cada vez más a la defensiva.

Cada vez más, poniendo las cosas en términos de la teoría del proceso cultural de Joaquín Herrera Flores<sup>23</sup>, la constitución como producto cultural se ubica en un circuito de reacción cultural bloqueado e ideológico. De ahí que se produzca su apropiación sistémica como signo cultural en un circuito de reforzamiento del fetichismo y de la encriptación.

Efectivamente, desde esta mirada, los procesos culturales, cuando se producen en entornos de relaciones desiguales, constituyen procesos culturales que, simultáneamente:

Cierran los procesos de reacción cultural: se impide a algunos o a todos los actores sociales la creación de producciones culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los procesos de relaciones en que están situados (procesos ideológicos).

Se cierran a otros procesos culturales: se clausura o retacea la interacción con otros procesos culturales en régimen de igualdad económica y negando la igual capacidad para hacer valer sus propias convicciones (procesos coloniales).

Se cierran al cambio social: los actores sociales no pueden construir contenidos de la acción social alternativos a los dominantes ni, por consiguiente, alterar la metodología de la acción

<sup>23</sup> Ver Herrera Flores, op. cit., p. 91.

social hegemónica (procesos autoritarios o procesos democráticos reducidos a sus aspectos formales).

En tanto la forma estado y la entidad nacional en este marco, como objetivaciones culturales, aparecen expresados en términos monoculturales, raciales, sexuales, clasistas, étnicos y territoriales desde la apropiación del gobierno y del aparato estatal por bloques de poder que expresan los grupos beneficiarios de la división desigual del trabajo en todos esos aspectos, la recuperación de la apertura del proceso de creación cultural en el plano del juego de lenguaje constitucional, pasa por la reapropiación del poder constituyente popular.

En esto se juega el derecho a la existencia de los pueblos, a un buen vivir, a un desarrollo que congloba la calidad de vida y plurales formas de coexistencia con la naturaleza, que abra al pluralismo de los procesos de identificación cultural de diversidad sexual y social.

Es decir, procesos constituyentes como procesos culturales abiertos y creativos orientados hacia las plurales formas de entender la dignidad humana desde las exigencias de nuestros contextos y situaciones. Que sean el resultado de la puesta en juego de un imaginario social radical, instituyente, y bio(socio) diverso.

Mencionar la democracia, la constitución o la justicia social sin situarlas en sintonía con la capacidad humana de hacer y deshacer mundos resulta un contrasentido. La superación de los regímenes, modelos neoliberales y sus consecuencias requiere recuperar esa capacidad en el proceso cultural, para desde ahí pensar el poder constituyente en sus contenidos de acción social jurídicos y políticos.

La negación, retaceo del poder constituyente de los pueblos, es un retaceo de su existencia misma, de sus capacidades de autodeterminaciones, de su pluralidad y diversidad. Es el remanente de colonialismo interno de una matriz social de colonialidad que erosiona las posibilidades de constitucionalismo democráticos instituyentes pluralistas y sociales. Con ello lo que

se pone en juego es ese bienpreciado que mentaba Joaquín Herrera en sus lecciones, nuestra capacidad para reaccionar creativamente ante los entornos de relaciones y las metodologías hegemónicas de la acción social, generando en el proceso la apertura de nuevos espacios de encuentro. Nuestra capacidad genérica de hacer y deshacer mundos...

## Referencias bibliográficas

- ASTRADA, CARLOS. “Fetichismo constitucional”. En: FARA, LUIS Y GERBER, SANTIAGO (Comps.) PERÓN, EVA, COOKE, JOHN WILLIAM, ASTRADA, CARLOS, SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, PERÓN, JUAN DOMINGO, SAMPAY, ARTURO ENRIQUE. 1949. *Una constitución para la patria justa, libre y soberana*. Piloto de Tormenta. Buenos Aires.2012.
- CABO MARTIN, CARLOS. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*. Trotta. Madrid. 2010.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta. 1993.
- DUSSEL, ENRIQUE. *20 tesis de política*. Siglo XXI-CREFAL. México. 2006.
- HEGEL, GEORGE W. F. *introducción a la historia de la filosofía*. Aguilar. Buenos Aires. 2010;
- HEGEL, GEORGE W.F. *Filosofía de la historia*. Claridad. Buenos Aires. 1976.
- HERRERA FLORES, HINKELAMMERT, GUTIERREZ, SANCHEZ RUBIO, *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2000.
- .HERRERA FLORES, JOAQUIN. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Catarata. Madrid. 2005.
- HERRERA FLORES, JOAQUIN. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua. Sevilla. 2005.
- MENDEZ HINCAPIÉ, GABRIEL Y SANIN RESTREPO, RICARDO. “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. En: *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Nro. 8, San Luis Potosí, 2012.

- NEGRI, ANTONIO. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1994.
- PISARELLO, GERARDO. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta. Madrid. 2011.
- QUIJANO, ANIBAL. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En: LANDER, EDGARDO (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. UNESCO-CLACSO. Buenos Aires. 2000.
- VICIANO PASTOR, ROBERTO (Ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires. 2016.



# El derecho en la obra de Michel Foucault. Un desajuste entre prácticas y conceptualizaciones

Mauro Benente<sup>1</sup>

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e385>

## I. Introducción

Si bien los trabajos de Michel Foucault han tenido influencia en numerosas disciplinas, no abundan los estudios que tematicen sobre sus aportes al derecho. Durante quince años, las discusiones sobre la ley en la obra de Foucault giraron en apoyo o en respuesta a los desarrollos de *Foucault and Law* publicado por Alan Hunt y Gary Wickham en 1994. Con anterioridad, François Ewald había dedicado algunos párrafos al tratamiento del derecho en la obra de Foucault, con posterioridad se publicaron varios artículos, hasta que en 2009 apareció *Foucault's Law* de Ben Golder y Peter Fitzpatrick, quienes al año siguiente realizaron una compilación titulada *Foucault and Law*, con artículos ya publicados pero dispersos, y en el 2013 Golder compiló *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*.

En este trabajo presentaré de la *tesis de la expulsión* enunciada por Hunt y Wickham, analizaré *Foucault's Law*, y finalmente enunciaré mi lectura crítica sobre el modo en que Foucault ha conceptualizado el derecho. Mi tesis indica que

---

<sup>1</sup> CV

existe un desajuste entre las prácticas disciplinarias y la dimensión conceptual del derecho al momento de dar cuenta de ellas. Según creo, este desajuste se explica por: a- una errónea descripción de las prácticas, que lo llevó a una problemática conceptualización del derecho o; b- a pesar de realizar una prolija caracterización de las prácticas, mantuvo una deficiente conceptualización del derecho.

## II. La tesis de la expulsión

Varios autores y distintas autoras han postulado que Foucault expuso una muy limitada conceptualización de la ley, pero quienes lo han precisado con mayor sustento han fueron Hunt y Wickham, tanto de modo individual (Hunt, 1992a, 1992b, Wickham, 2002, 2006), cuanto en su obra *Foucault and Law*. Allí postulan que Foucault “vincula la ley con la concepción negativa del poder de la cual se esfuerza por escapar” (Hunt, Wickham, 1994: 40). De este modo, adopta acríticamente la fórmula positivista que indica que la ley es una regla acompañada de una sanción (Hunt, Wickham, 1994: 41).

Para Foucault, lo distintivo de la modernidad es el funcionamiento disciplinario del poder, que a través del control sobre los movimientos, tiempos y comportamientos, busca tornar dóciles, obedientes y normales a los sujetos. En este escenario, las disciplinas y la ley constituyen “un proceso dual, pero opuesto” (Hunt, Wickham, 1994: 46): la ley mantiene un funcionamiento represivo y prohibitivo, y el accionar de los mecanismos disciplinarios, que es eminentemente productivo, “es asegurado, no por la ley sino por la normalización” (Hunt, Wickham, 1994: 49). El corazón de la tesis de la expulsión indica que la ley se encuentra asociada con un funcionamiento premoderno y represivo del poder, distinto y distante del accionar del poder disciplinario. Es por ello que Kennedy advierte que Foucault presenta una “discontinuidad radical entre el poder legal y el poder disciplinario” (1991: 356), y Hirst agrega que suele “contraponer la regulación legal y la regulación disciplinaria”

(1986: 50) y por ello “las intervenciones legales devienen secundarias respecto a una masa de intervenciones normalizadoras” (1986: 50).

### III. Las tesis de la inclusión

En diálogo con la *tesis de la exclusión*, una serie de trabajos subrayaron que Foucault no había ubicado a la ley en un papel secundario, sino que la situaba como un elemento fundamental del biopoder. En su temprana lectura, Ewald subrayó que “la formación de la sociedad disciplinaria no redujo de ningún modo el poder de la ley” (1986a: 138), sino que se fue transformando en norma, en un patrón de distinción entre normal y anormal. (1986b: 71, 1986c: 482). Por su lado, Beck subrayó que “la ley no fue excluida por las disciplinas: las dos son interdependientes” (1996: 493), y Tadros postuló que la ley actuaba como una bisagra que conectaba los dispositivos disciplinarios con las tecnologías gubernamentales (1998: 99).

Hunt y Wickham (1994, pp. 99-116) sospechaban que los desarrollos sobre la gubernamentalidad podrían reposicionar al derecho, pero el trabajo más refinado en este punto es *Governed by Law?*, de Nikolas Rose y Mariana Valverde. Su argumento central consiste en sustituir la preocupación por el derecho por el “complejo legal”, que alude a un conjunto de “prácticas legales, instituciones legales, estatutos, códigos, autoridades, discursos, textos, normas y formas de juicio” (1998: 542). En lugar de focalizarse en la ley, resulta urgente investigar “el rol del razonamiento legal, las autoridades legales, los foros legales y las técnicas legales en las prácticas de gobierno de las sociedades modernas” (1998: 543). La perspectiva es interesante porque no reduce la problemática jurídica a un registro legal, pero presenta dos problemas: el concepto de “complejo legal” no precisa cuál es la relación de aquello que llamamos ley con las disciplinas y las prácticas gubernamentales; no se precisa de qué parte de la obra de Foucault podría derivarse el concepto.

No queda claro si este concepto se construye con Foucault, o a pesar de Foucault.

#### IV. La otra ley de Foucault

Gran parte de la labor de Golder y Fitzpatrick se construye en oposición a la *tesis de la expulsión*, y si bien admiten que en algunas intervenciones Foucault indicó que en sociedades disciplinarias la ley retrocedía, en otras mostró sus solapamientos con diferentes tecnologías de poder (2009: 56-59). Sin embargo, asumir que la ley es un rasgo del diagrama de poder moderno, implica preguntarse cómo se relaciona con las formas de poder, y las lecturas oscilan entre: a- subordinar la ley a los dispositivos disciplinarios y mostrar su lugar secundario; b- resituar su papel dentro las tecnologías de poder. Empero, estas perspectivas no advierten el doble plano de la ley, una ambivalencia entre “una ley subordinada y una ley superadora [*surpassing*], entre una ley que es confinada por la emergencia del poder disciplinario y el biopoder, y una ley que es ilimitada y siempre yendo más allá de sí misma y de aquello que quiere instrumentarla” (2009; 39). Estas dos dimensiones de la ley no implican una contradicción, sino una afirmación “enteramente consistente –y muy apropiada– sobre la ley” (2009: 39).

La ley no se puede limitar a una mera herramienta del poder soberano ni a un instrumento del poder disciplinario. Ella es “algo más” y posee dos dimensiones: “la ley determinada, y la ley responsiva [*responsive*] que está siempre inclinada más allá de sí misma, sensible a ser deshecha por la resistencia” (2009: 72). El carácter determinado se vincula con el diagrama de poder, mientras que la dimensión responsiva la relaciona con las resistencias, y si bien ambos aspectos tienen la misma importancia, aquí me ocuparé solamente del primero.

En la lectura que hacen Golder y Fitzpatrick, la ley se encuentra ligada a la formación de cuerpos de conocimiento y diferentes modalidades de poder, por lo que ella no es autónoma ni autosuficiente, sino que aparece “en términos relacionales”

(2009: 60). De acuerdo con los autores, el objeto de estudio de *Vigilar y Castigar* es el análisis de “las estructuras jurídico-políticas de la sociedad», su «modelo jurídico-político» (2009: 60-61). El entrecomillado que los autores incluyen, parece confirmar que el blanco de análisis de Foucault es la interconexión de la ley con otras variables –saber, poder, etc.–, pero esta inclusión no es más que un recorte de citas que desvirtúa las conceptualizaciones de *Vigilar y castigar*.<sup>2</sup>

Golder y Fitzpatrick afirman que, para analizar las relaciones entre la ley, el poder, y los saberes, además de considerar que la ley no es autosuficiente, hay que remarcar que las disciplinas tampoco lo son: hay que demostrar “la relación necesaria que existe entre ley y poder” (2009: 61). Esto puede hacerse con dos ejemplos: 1- la vinculación entre las disciplinas y las ciencias del hombre; 2- la respuesta del poder disciplinario al sujeto indócil. Aludiré solamente al segundo, puesto que es el ámbito donde se podría leer con mayor nitidez la relación entre disciplinas y ley.

Los autores notan que indocilidad no puede ser completamente contenida por la norma: ella es indispensable, pero “hay

---

<sup>2</sup> La primera de las citas, restituida de modo integral, indica que “la modalidad panóptica del poder –a nivel elemental, técnico, humildemente físico en que ella se sitúa– *no está bajo* [cursiva agregada] la inmediata dependencia y en la prolongación directa de las grandes estructuras jurídico-políticas de una sociedad” (Foucault, 1975: 223). No entiende cómo, de una frase en la cual se separa el panoptismo –el poder disciplinario– de la estructura jurídico-política, Golder y Fitzpatrick derivan que el objeto de estudio es la relación de dos planos explícitamente escindidos por Foucault.

Similares problemas existen en la segunda referencia. Foucault postula que “el siglo XVIII ha inventado las técnicas de la disciplina y del examen, un poco, sin dudas, como la Edad Media ha inventado la investigación judicial” (1975: 226). El procedimiento de investigación judicial representaba al “poder soberano arrogándose el derecho de establecer la verdad” (1975: 227), y fue una matriz fundamental en la constitución de las ciencias empíricas. Por su parte, el examen se transformó en la técnica de saber propia de las disciplinas, pero, y aquí viene la referencia que incluyen Golder y Fitzpatrick, la “investigación que ha dado lugar a las ciencias de la naturaleza se ha separado de su modelo político jurídico; el examen, en cambio, está siempre inserto en la tecnología disciplinaria” (Foucault, 1975: 228). No es posible explicar cómo, partiendo de este pasaje, se puede sostener el objeto de estudio de *Vigilar y castigar* es el “modelo jurídico-político” de la sociedad.

un punto en el cual esas formaciones disciplinarias fracasan en hacer frente a la resistencia” (2009: 69-70). Las disciplinas identifican comportamientos anormales pero como carecen de mecanismos para aplicar sanciones, deben recurrir a otra modalidad: “en el indócil, límite de la disciplina, se posiciona la ley, una ley que debe estar dentro de la escena disciplinaria pero también mantenerse separada” (2009: 70). Aunque a primera vista el razonamiento parece atractivo, resultan problemáticos los pasajes de *Vigilar y castigar* que se incluyen para sustentar que la ley interviene como reacción a la indocilidad. Los autores recuerdan que, para Foucault, en el centro de los “sistemas disciplinarios, funciona un pequeño mecanismo penal. Beneficia con cierto privilegio de justicia, con sus propias leyes, sus delitos específicos, sus formas particulares de sanción, sus instancias de juicio” (Foucault, 1975: 180). Aunque aquí no queda claro cómo las disciplinas se valen del sistema legal, el problema es que, para Foucault, en el régimen disciplinario, el arte de castigar “se opone, pues, término a término una penalidad judicial” (Foucault, 1975: 185). La penalidad judicial no refiere a fenómenos observables sino a leyes que hay que memorizar; no diferencia individuos, sino que categoriza actos; no jerarquiza, sino que hace jugar la oposición binaria permitido/prohibido. Es así que, “los dispositivos disciplinarios han secretado una «penalidad de la norma», que es *irreductible* [cursiva agregada] a los principios y su funcionamiento a la penalidad tradicional de la ley” (Foucault, 1975: 185). Golder y Fitzpatrick sostienen que, en los casos de indocilidad, las disciplinas se apoyan en la ley, pero una lectura prolija de *Vigilar y castigar* muestra una nítida diferencia entre el castigo legal, y las sanciones disciplinarias. Los autores pretenden sustentar su lectura y, citando a Foucault, recuerdan que las disciplinas “en apariencia, no constituyen más que un infra-derecho” (1975: 224). Sin embargo, no agregan aquello que incluye a continuación: a primera vista las disciplinas parecen prolongar a nivel particular las formas del derecho, pero más que un infra-derecho “hay que ver en las

disciplinas una especie de *contra-derecho* [itálicas agregadas]” (1975: 224).

Golder y Fitzpatrick afirman que al describir cómo frente a la indocilidad la norma recurre a lo jurídico, “Foucault está demostrando la dependencia de las disciplinas respecto de la ley” (2009: 70) y es “en el límite de la indocilidad generativa que la cientificidad de las *normas* cede paso a la aplicación jurídica de la *ley*” (2009: 70). Empero, es problemático focalizarse en la indocilidad sin tematizar sobre aquello que en *El poder psiquiátrico* Foucault había calificado como “residuos”. Allí postulaba que las instituciones disciplinarias generaban en su seno individuos que no se ajustaban a los parámetros de normalidad, que “escapaban a la vigilancia” (2003: 55). Generaban casos parecidos a la indocilidad, pero, a diferencia de lo que plantean Golder y Fitzpatrick, a quienes no se ajustaran al parámetro de normalidad no les esperaba la ley sino otro dispositivo disciplinario (Foucault, 2003: 56). Asimismo, resulta extraña la falta de análisis del resumen de *Los anormales*, donde se expone la situación del niño indócil, que ya no es correlato de la ley:

la aparición del *incoregible* es contemporánea a la puesta en práctica de las técnicas de disciplina [...] Los nuevos procedimientos de encauzamiento del cuerpo, del comportamiento y de las aptitudes inauguran el problema de quienes escapan a esta normatividad que *ya no es la soberanía de la ley* [itálicas agregadas] (2001a: 1692).

Los incorregibles escapan a una normatividad que no es la ley, que a su vez es asociada a la prohibición: “la «prohibición» constituía la medida judicial mediante la cual un individuo era, al menos parcialmente, descalificado como sujeto de derecho” (2001a: 1692). Reduciendo el marco jurídico a un dispositivo negativo, y mostrando que no son las leyes sino los métodos positivos del enderezamiento los que actuarán sobre el indócil, Foucault subraya que “ese marco, jurídico y negativo, va a ser en parte *ocupado* y en parte *reemplazado* por un conjunto de técnicas y procedimientos con los que se emprenderá encauzar

a aquellos que se resisten al encauzamiento y corregir a los incorregibles [itálicas agregadas]" (2001a: 1692). Mientras el Foucault que presentan Golder y Fitzpatrick muestra que la ley se pone en funcionamiento ante la presencia de individuos indóciles, el Foucault que se lee en *Los anormales* enfatiza que para responder a la indocilidad la ley fue *ocupada y reemplazada* por las disciplinas.

Golder y Fitzpatrick observan una correlación entre la ley y las disciplinas, pero para sustentarlo construyen un relato imaginario de las conceptualizaciones foucaulteanas. Sin embargo, suponiendo que estas dificultades puedan salvarse, los autores no logran desterrar la *tesis de la expulsión*: 1. Afirmar que las disciplinas necesitan de las leyes, no implica que tengan un rol predominante en el diagrama de poder. Aunque las disciplinas necesiten de las leyes, ello no las quita de un segundo plano; 2. Suponiendo la existencia de una relación entre disciplinas y leyes, no necesariamente desterramos la hipótesis del funcionamiento prohibitivo estas últimas, algo que puede ilustrarse realizando un paralelismo con el accionar de la familia. En *El poder psiquiátrico*, Foucault indica que la familia fijaba a los individuos a las instituciones disciplinarias –obligando a los niños a ir a la escuela, a los jóvenes a realizar el servicio militar–, y era una bisagra entre diferentes instituciones, porque permitía el pasaje de un sistema disciplinario a otro –enviaba al indócil escolar al reformatorio-. La familia cumplía un papel importante en las sociedades disciplinarias, pero no por ello funcionaba de modo disciplinario, sino que actuaba de acuerdo con un modelo soberano de poder: manteniendo un esquema de individualización del poder en la cima –en el padre–, y sin situar la vigilancia como constitutiva de su organización (1999: 81-84). Que una institución, sea la ley o la familia, se vincule con las disciplinas no implica que funcione con racionalidades disciplinarias.

Creo que una lectura atenta del trabajo de Golder y Fitzpatrick muestra que el costo que hay que pagar para afirmar que existe una íntima relación entre la ley y disciplinas no es otro



que distorsionar severamente las conceptualizaciones foucaulteanas. Además, incluso asumiendo la relación entre disciplinas y derecho, no se desecha la *tesis de la expulsión*: en ningún momento se refuta su carácter prohibitivo y secundario. De todas maneras, esto no implica que la *tesis de la exclusión* sea la lectura correcta de la obra de Foucault.

## V. El desajuste entre prácticas y conceptualizaciones del derecho

En línea con la *tesis de la expulsión*, creo que es posible construir un *piso mínimo* sobre la (no) relación entre disciplinas y derecho: Foucault establece una separación entre el poder disciplinario y el sistema legal, y sitúa a éste a un segundo plano. Para la *tesis de la expulsión* esto es así porque la ley solo prohíbe y reprime, pero este diagnóstico es parcialmente correcto ya que los problemas que ha tenido Foucault se explican por no haber ajustado su conceptualización de la ley a las prácticas analizadas: a- sea porque no describió correctamente las prácticas de poder, y no advirtió que estaban articuladas por el derecho; b- sea porque estaba describiendo prácticas de poder en las cuales las leyes tenían un rol constitutivo, pero a nivel conceptual las redujo a simples mecanismos de prohibición y/o a derechos liberales despojados de toda tecnología de poder.

Foucault distinguió diversas formas de poder –soberano, disciplinas, biopolítica- porque advirtió diferentes modalidades en su funcionamiento: ante las mutaciones de las prácticas modificaba las conceptualizaciones. Sin embargo, respecto de la ley, la conceptualización ha sido genérica, sin adjetivaciones, como si el derecho no se transformara junto con las modificaciones en las prácticas de poder. En este sentido, a diferencia de la *tesis de la expulsión* –que postula que Foucault quedó preso de una concepción soberana del derecho-, entiendo que el problema es más grave: en sus conceptualizaciones nunca calificó al derecho, y lo presentó como una variable constante en medio de discontinuidades de las prácticas de poder.

Para ordenar mis argumentos presentaré: a- la escisión entre, por un lado el contractualismo y el liberalismo, y por otro las disciplinas, y la ubicación del derecho en la orilla liberal; b- la reducción de las leyes a meras herramientas de prohibición y por ello distantes de las disciplinas. Para mostrar el desajuste entre prácticas disciplinarias y conceptualizaciones del derecho me detendré en ciertos arquetipos de las disciplinas, y sostendré que estamos frente a mecanismos delineados por dispositivos legales, algo que Foucault no logró advertir por una deficiente descripción de las prácticas; y en los casos en que la descripción fue correcta, conceptualizó erróneamente el papel de ley. Foucault ha fallado en su conceptualización, pero realizando las correcciones necesarias es posible sostener que las leyes son, o pueden ser, disciplinarias.<sup>3</sup>

## VI. La separación entre poder disciplinario y derecho

La forma que adquiere el diagrama de poder en las sociedades que emergen en los siglos XVIII y XIX supone un disciplinamiento del cuerpo individual y una regulación de las poblaciones. Las disciplinas despliegan una vigilancia de los cuerpos, del espacio que ocupan, del modo en que utilizan el tiempo, del desarrollo y coordinación de sus actividades, siendo el resultado de esta operatoria, un cuerpo dócil y normalizado. Si bien en ningún momento lo profundiza, reiteradamente Foucault separa el funcionamiento de las disciplinas de las leyes, e incluso postula que las prácticas médicas son más importantes que las legales. Las disciplinas

no operan a través de la ley, sino en sus intersticios. La ley no tiene potestad en la tecnología de sujeción de los cuerpos. Esa tarea recae en un sistema de «no-derecho» que se sirve de la norma como patrón de ordenamiento,

---

<sup>3</sup> En anteriores apartados aludí a la biopolítica y a la gubernamentalidad, pero por razones de espacio me limitaré a los problemas en el abordaje de las disciplinas.

control y elaboración de la población (Castro Orellana, 2004: 121).

Esta disociación entre disciplinas y ley se enuncia en distintos trabajos, incluso en los estudios sobre la prisión, en principio cercana a las instituciones legales. Así, Foucault proponía “analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de las reglas de derecho” (1975: 28), teniendo en cuenta que el encierro “interviene menos en nombre de la ley que en nombre del orden y de la regularidad” (2001b: 1332). Los mecanismos de poder

están ubicados bajo el signo visible de la ley. Pero, de hecho, los mecanismos más numerosos, más eficaces y más incisivos, funcionan en los intersticios de las leyes, según modalidades heterogéneas al derecho y en función de objetivos que no son del respeto de la legalidad, sino la regularidad y el orden” (2001c, pp. 274-275).

La normalización es irreductible a la ley, y por ello las figuras centrales en la constitución del orden no son los y las juristas sino los médicos y las médicas, quienes inventaron “una sociedad de la norma y no de la ley. Lo que rige la sociedad, no son los códigos, sino la distinción permanente entre lo normal y lo anormal, la empresa perpetua de restituir el sistema de normalidad” (2001d: 50).

De acuerdo con la *tesis de la expulsión*, la escisión entre leyes y disciplina se funda en la reducción de la ley a un simple mecanismo represivo. Sin embargo, en el plano conceptual, Foucault no solamente limitó el derecho a prohibiciones, sino que, simultáneamente, lo redujo a los derechos liberales. Sea que tengamos a las leyes como herramientas de prohibición, o como derechos de libertad e igualdad, se comprende perfectamente su separación del poder disciplinario. Sin embargo, esta disociación se sustenta en una mirada muy estrecha de la ley: en un caso desligada de toda racionalidad de poder, en el otro vinculado a una racionalidad meramente prohibitiva y represiva.

### ***VI.a. Liberalismo, contractualismo y disciplinas***

Una parte de la separación entre el derecho y las disciplinas debe inscribirse en la escisión entre, de un lado el liberalismo y el contractualismo, y por otro el poder disciplinario. Foucault recuerda que los historiadores atribuyen el sueño de una sociedad perfecta a los filósofos y los juristas del siglo XVIII, pero mientras ellos “buscaban en el pacto un modelo primitivo para la construcción o la reconstrucción del cuerpo social, [...] los técnicos de la disciplina elaboraron los procedimientos para la coerción individual” (1975: 171). Quienes diseñaron la máquina disciplinaria no fueron los juristas, y sus engranajes no estaban constituidos por leyes.

Las orillas del contractualismo y el liberalismo, y las de las disciplinas, no están completamente desconectadas, sino que por momentos el liberalismo se presenta encubriendo el funcionamiento del poder disciplinario: para que el

liberalismo burgués haya sido posible al nivel de las instituciones, ha sido necesario, a nivel de lo que denomino los micropoderes, un recubrimiento mucho más ceñido de los individuos, ha sido necesario organizar el cuadrículado de los cuerpos y de los comportamientos. La disciplina es el reverso de la democracia (2001e: 1590).

En el marco de esta separación entre contractualismo/liberalismo y poder disciplinario, Foucault ubicó al derecho del lado del liberalismo. La burguesía instaló un marco jurídico codificado, formalmente igualitario, y un sistema de gobierno representativo. Sin embargo, el “sistema de derechos en principio igualitarios estaba sostenida por esos mecanismos menudos, cotidianos, y físicos, por todos esos sistemas de micro-poder esencialmente desigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas” (1975: 223). De esta manera, las “disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas” (1975: 223). Como ya he mencionado, las disciplinas son una especie de “contra-derecho”, y han sido “la

contrapartida política de las normas jurídicas según las cuales se redistribuía el poder” (1975: 225).

Al sostener que las disciplinas representan un “contra- derecho”, Foucault reduce ese derecho a los derechos liberales. Si el diagrama de poder disciplinario funciona a contrapelo del liberalismo, se entiende por qué el derecho ha quedado en un segundo plano. Este es uno de los motivos del repliegue de la ley. El otro es su reducción a una mera herramienta de prohibición

### ***VI.b. La ley y el derecho como prohibición***

En los trabajos de la década de 1960 y los primeros años de 1970, Foucault mantenía una concepción represiva del funcionamiento del poder (1984, 2001f, 2001g: 445, 2001h: 986, 2001i: 1363-1364, 2001j: 1047, 2001k: 1072, 2001l: 1298-1299, 2001m: 1286). Si bien en *La sociedad punitiva*, *La verdad y las formas jurídicas*, y fundamentalmente en *El poder psiquiátrico*, ya había delineado los trazos más importantes del funcionamiento del poder disciplinario, recién en *Los anormales*, *Vigilar y castigar*, “*Hay que defender la sociedad*”, e *Historia de la sexualidad I*, se desprendió de la concepción negativa, represiva y prohibitiva del poder, y lo conceptualizó en términos positivos y productivos. Lo notable es que en estos trabajos es donde se lee con mayor nitidez una ley reducida a una herramienta de prohibición y de represión.<sup>4</sup>

A la luz de las prácticas de poder que describía, Foucault fue modulando su conceptualización, y como resultado de ese ajuste, aquello que a inicios de la década de 1970 concebía en términos represivos y prohibitivos, hacia mediados del decenio fue definido bajo una dimensión productiva. Empero, ese cuidadoso ajuste entre prácticas y conceptualizaciones se diluye en el ámbito del derecho.

<sup>4</sup> La ley reducida a una herramienta represiva también se encuentra en Foucault (2001p: 567, 2001q: 1002, 1005, 1017-18, 2001r: 305).

En *Vigilar y castigar*, gran parte de la mirada represiva sobre el derecho se vislumbra en las referencias al derecho penal, y en su comparación con el castigo disciplinario. Mientras los castigos judiciales son la multa y el calabozo, el castigo disciplinario es “isomorfo a la obligación misma; ella es menos la venganza de la ley ultrajada que su repetición, su instancia redoblada [...] Castigar es ejercitar” (1975: 182). De acuerdo con Foucault “el arte de castigar, en el régimen del poder disciplinario, no apunta ni a la expiación, ni tampoco exactamente a la represión” (1975: 185). Refiere a reglas a seguir, y a partir de éstas, cualifica, compara y establece jerarquías, racionalidad que es incompatible con el juego de lo prohibido y permitido: “los dispositivos disciplinarios han secretado una «penalidad de la norma», que es irreductible a los principios y su funcionamiento a la penalidad tradicional de la ley” (1975: 185). Una de las razones por las cuales la penalidad de la norma es irreductible a la de la ley, es porque ésta se observa solamente en una dimensión negativa: únicamente prohíbe. Esto puede tener validez para el derecho penal, pero Foucault lo extiende a todo el sistema legal: erróneamente generaliza que “el pensamiento jurídico distingue lo *lícito* y lo *ilícito* [itálicas agregadas]” (2001n: 374).

Foucault sostenía que para estudiar las relaciones de poder había que abandonar la *representación jurídica*, que posee una mirada muy escueta sobre el poder porque: a- supone un funcionamiento limitado y monótono en estrategias y tácticas; b- indica que se encuentra únicamente en condiciones de impedir, e incapaz de producir comportamientos; c- por último, y aquí aparece la reducción de la ley a una mera prohibición, sería “un poder cuyo modelo sería esencialmente jurídico, centrado en el sólo enunciado de la *ley* y el sólo funcionamiento de lo *prohibido* [itálicas agregadas]” (1976: 113). Cuando se define al poder a la luz de “la represión, se brinda una concepción puramente *jurídica* de ese mismo poder, se identifica al poder con una *ley que dice no*; que tendría sobre todo el *poder de prohibir* [itálicas agregadas]” (2001o: 148). Hay que abandonar esta representación jurídica y avanzar hacia una concepción del

poder “que sustituya el privilegio de la *ley* por el punto de vista del objetivo, al privilegio de lo *prohibido* por el punto de vista de la eficacia táctica [...] El modelo estratégico, más que el *modelo del derecho* [itálicas agregadas]” (1976: 135).<sup>5</sup>

Esta apelación al modelo estratégico en perjuicio del modelo del derecho no es caprichosa, sino que se ajusta a las modalidades del diagrama de poder, puesto que una de las consecuencias del despliegue del biopoder es “la importancia creciente tomada por la norma en detrimento del sistema jurídico de la ley” (1976: 189). ¿Por qué este retroceso de la ley y la emergencia de la norma? Porque “*la ley no puede no estar armada*, y su arma, por excelencia, es *la muerte*; a aquellos que la transgreden, responde, a menos a título de último recurso, por esta *amenaza absoluta*. *La ley se refiere siempre a la espada* [itálicas agregadas]” (1976: 189).

La separación entre el derecho y las disciplinas se explica porque el derecho fue conceptualizado en términos liberales y entonces ajeno a las prácticas de poder; o vinculado a prácticas represivas, y por ello ajenas a la racionalidad disciplinaria. En lo que sigue me interesa revisar algunos problemas en la relación entre prácticas y conceptualizaciones del derecho.

## VII. Derecho y disciplinas

Uno de los aportes más originales de Foucault fue descartar la construcción de una *teoría* del poder, y en su lugar proyectar una *analítica*, una *economía* de las relaciones de poder. Es por ello que gran parte de sus conceptualizaciones eran inmanentes a las prácticas que estaba analizando. Lejos de desplegar

---

<sup>5</sup> Para estudiar las relaciones de poder se acudía a las formas jurídicas, “que regían lo que estaba *permitido* y lo que estaba *prohibido*” (2001n: 378). Sin embargo, el derecho “que divide lo *permitido* y lo *prohibido*, de hecho, no es más que un instrumento de poder, en definitiva, bastante inadecuado y bastante irreal y abstracto [...] las relaciones de poder son mucho más complejas, y es justamente todo esto extrajurídico, todas esas coacciones extrajurídicas que pesan sobre los individuos” (2001n: 378). Los mecanismos de poder “son notablemente más amplios que el simple aparato *jurídico, legal*” (2001n: 378).

construcciones teóricas sobre las prácticas, propuso rastrear la particularidad de éstas para luego derivar las conceptualizaciones. De hecho, algunas de sus herramientas conceptuales eran tomadas de los materiales de archivo que abordaba: es el caso de *cuerpo dócil* que se lee en un texto de Pinel (1801: 192); de los *medios del buen encauzamiento* que están en *El arte militar para la infantería* de Johann von Jacobi Walhausen; de *panoptismo*, extraído de los textos de Bentham, entre otros. Estas conceptualizaciones, restituidas de las prácticas, se constituían, en un movimiento casi circular, en una precisa grilla para analizarlas.

En el tratamiento del derecho, Foucault no ajustó su conceptualización al funcionamiento práctico. Ha desatendido el plano jurídico en las prácticas disciplinarias, no logró advertir su papel constitutivo en las instituciones disciplinarias que se encontraba analizando y, en el plano conceptual, ha dejado al derecho en un lugar secundario del diagrama general de poder.

### ***VII.a. La ley y las disciplinas***

Foucault sostuvo que la emergencia del encierro como tecnología de castigo se había producido por fuera del penalismo ilustrado, y tenía su origen en prácticas no estatales en Inglaterra, y a partir de las *lettres-de-cachet* en Francia. Teniendo en cuenta esta descripción, la penalidad que busca corregir a través del encierro “no aparece, a decir verdad, en el universo del derecho” (2001s: 1471). Es así que el encierro “interviene menos en nombre de la ley que en nombre del orden y de la regularidad” (2001b: 1332). Conceptualmente, Foucault mostraba que el encierro disciplinario tenía escasa vinculación con la ley, pero las prácticas mostraban que los encierros se instituían por las *lettres-de-cachet* que, si bien no eran leyes, eran algo muy parecido: decretos reales. No eran normas generales, eran lo opuesto a las *lettres patentes*, pero se parecían a aquello que, frente a la inexistencia de parlamentos, en términos amplios podríamos denominar legislación.



En *El poder psiquiátrico*, luego de describir el funcionamiento de las disciplinas en instituciones religiosas, Foucault narra que durante el siglo XVIII proliferaron prácticas disciplinarias laicas, una de las cuales tenía como blanco los trabajadores y las trabajadoras industriales. Para disciplinarlos y disciplinarlas se instauró la cartilla laboral, en la que se consignaba quiénes habían sido los antiguos empleadores, las razones de salida de anteriores trabajos, y otros antecedentes. Ahora bien, y aunque Foucault no lo haya notado, durante los siglos XVIII y XIX en Francia, la regulación de la cartilla fue instaurada por numerosas disposiciones legislativas. Las primeras reglamentaciones datan de las *lettres patentes* del 2 de enero de 1749, luego se regula con el artículo 40 del edicto de Turgot de abril de 1776 y, años más tarde por las *lettres patentes* del 12 de septiembre de 1781. Finalmente, el artículo 12 de la ley sobre *policía del trabajo* del 12 de abril de 1803 incluyó una regulación de la cartilla obrera, que también aparece en la ley del 18 de marzo de 1806 y en el decreto del 11 de junio de 1809. En todos los casos, en mayor o en menor medida, se obligaba a los empleadores a requerir la cartilla antes de contratar un obrero u obrera (Le Crom, 2003: 91-93). Pero no eran únicamente las normas laborales las que obligaban al uso de la cartilla, sino que el artículo 217 del código penal disponía que, si un obrero no contaba con ella, se lo consideraba vagabundo, podía ser arrestado, y condenado a prisión (Le Crom, 2003: 93). El propio Foucault cita las cartillas, pero como no profundizó la descripción y análisis de las prácticas, no logró advertir que era una medida instaurada por disposiciones legislativas. Por ello, al momento de conceptualizar las disciplinas, relegó a las leyes a un rol prohibitivo y secundario.

Siempre en el marco de la generalización de las disciplinas, en la clase del 16 de enero de 1974, Foucault postuló que la difusión del poder psiquiátrico se había alcanzando con motivo de la psiquiatrización del niño idiota o imbecil. Hacia 1840 la idiotez dejó de ser concebida como una forma de locura, pero se la institucionalizó en los manicomios, algo necesario para que padres y madres pudieran dedicarse a sus actividades laborales

sin necesidad de cuidar de sus hijos e hijas. De todos modos, cabe preguntarse cómo, a la vez que se sustraía a la idiotez del ámbito de la locura, se mantuvo el encierro y se inició un proceso de medicalización. Esto puede responderse a partir de la ley de 1838, que disponía que el costo de la internación de los y las idiotas estuviera a cargo del distrito, siempre y cuando los médicos detectaran, además de la idiotez, alguna peligrosidad: “el peligro es el elemento que tercia para permitir la puesta en marcha del procedimiento de internación y asistencia” (Foucault, 2003: 217). Bajo este dispositivo, el idiota se transformó en anormal y peligroso, y esto permite explicar por qué durante el siglo XIX la categoría de anormalidad fue aplicada a los niños, pero no a los adultos. Pero además implicó que la psiquiatría ya no tuviese solamente como blanco la locura, sino que, inscribiéndose en una racionalidad disciplinaria, se convirtió en “el poder sobre lo anormal, el poder de definir quién es anormal, de controlarlo, de corregirlo” (Foucault, 2003: 219). La ley, no una norma emergente de una práctica microfísica, puso el funcionamiento el poder disciplinario sobre los niños idiotas, pero al conceptualizar las prácticas, Foucault no dudó en sostener que la peligrosidad, sanción y curabilidad, no estaban “ni en el derecho ni en la medicina. No son nociones jurídicas, ni psiquiátricas, ni médicas, sino disciplinarias” (Foucault, 2001: 1540). En el plano descriptivo, mostró que la noción de peligrosidad se encontraba en la ley de 1838, pero al momento de inscribirla dentro de alguna tecnología de poder y trabajar en un plano más conceptual, olvidó esta descripción, la incluyó dentro de las disciplinas, y la separó de la legalidad.<sup>6</sup> Dicho de otro modo, falló al momento de ajustar las conceptualizaciones a las prácticas abordadas.

---

<sup>6</sup> Foucault mostraba que la justicia penal castigaba en función de la acción del delincuente, y de su eventual *peligrosidad*, algo que era “desorbitante en relación con ese derecho penal [...] que debía sancionar, de forma absolutamente igualitaria, las infracciones definidas explícitamente y previamente por la ley” (2001u: 463).

Podría sostenerse que el encierro a partir de las *lettres-de-cachet*, el control de los obreros con la instauración legal de la cartilla, y la inclusión de la noción de *peligrosidad* en la ley, no muestran la existencia de un derecho disciplinario porque nada dicen sobre el control del tiempo, el espacio, y las actividades de los individuos. Frente a esta posible objeción, hay que aclarar que fue el propio Foucault quien ubicó estos dispositivos en el marco del funcionamiento de las disciplinas, pero en sus descripciones falló al advertir que se trataban de dispositivos legales, o a pesar de advertirlo, en el plano conceptual no incluyó a las leyes en la órbita del poder disciplinario. Asimismo, en mayor o menor medida, las *lettres-de-cachet* y la cartilla, entiendo que delinear dispositivos de control disciplinario. De todas maneras, creo existe un mejor ejemplo para mostrar cómo ley ha operado como un mecanismo de control del tiempo y de las actividades de los individuos.

### ***VII.b. La ley disciplinaria***

Uno de los ejemplos que utilizó Foucault para dar cuenta del control de la temporalidad individual fue la reorganización de la Escuela de los Gobelinos en 1737, que implementó una detallada disciplina en la utilización del tiempo: excepto sábado y domingo se instituían dos horas diarias de trabajo; se controlaba la asistencia; se dispuso la división en tres clases de acuerdo al nivel de conocimiento; los alumnos tenían que realizar deberes individuales de modo periódico, y a fin de cada año se medían sus progresos. La reforma debe inscribirse en el desarrollo una novedosa técnica de poder

para tomar a su cargo el tiempo de las existencias singulares; para regir las relaciones del tiempo, de los cuerpos y de las fuerzas; para asegurar una acumulación de la duración; y para invertir en provecho o en utilidad siempre creciente el movimiento del tiempo (Foucault, 1975: 158).

La Manufactura de los Gobelinos -*Manufactura Real de Muebles de la Corona*- fue instituida en 1664 por Jean-Babtiste Colbert, Ministro de la Corte de Luis XIV. Sus reglas de organización se estipulaban a través de disposiciones legales –edictos y Resoluciones (*Arrêt*) del Consejo de Estado del Rey-. Siguiendo la fuente utilizada por Foucault en sus investigaciones -*Le Manufacture nationale des Gobelins* de Édouard Gerspach-, se advierte que toda la administración, y hasta la creación de la Manufactura se realizó por edictos reales. Es más, el libro de Gerspach se inicia con la exposición de motivos del *Edicto del Rey para el establecimiento de una Manufactura de Muebles en los Gobelinos* (Gerspach, 1892: 1). Las disposiciones legales no solamente crearon la *Manufactura*, sino que la reorganización de 1737, que para Foucault se erige como una muestra del control sobre el tiempo y los cuerpos que imprime el poder disciplinario, fue dispuesta por una *Resolución del Consejo de Estado del Rey* del 16 de abril de 1737 (Gerspach, 1892: 263). Este caso paradigmático del poder disciplinario representa, también, un caso paradigmático de una ley no represiva ni vinculada con la matriz liberal, sino funcionando bajo una racionalidad estrictamente disciplinaria.

### VIII. Notas finales

Foucault se preocupó por marcar las discontinuidades en las epistemes, las reglas de producción de los discursos, las relaciones de poder, el gobierno de sí y de los otros. Notar esas discontinuidades, en especial en el plano de las relaciones de poder, fue posible gracias a una detallada y fina atención a las prácticas. A partir de una focalización en las prácticas, Foucault entendió que la *teoría jurídico política de la soberanía* y la *representación jurídica del poder* no eran marcos teóricos precisos para estudiar las relaciones de poder, y entonces delineó una nueva *analítica* mucho más ajustada a esas prácticas. A primera vista, Foucault se presenta como un delicado observador

de las prácticas, y de ellas extrae las conceptualizaciones para dar cuenta de ellas y analizarlas.

Toda la prolijidad, precisión y agudeza en la atención a las prácticas, y la reconstrucción conceptual a partir de ellas, comienza a desdibujarse cuando tomamos como dominio el modo en que Foucault tematizó el derecho. En un plano conceptual, aludió al derecho en términos de herramienta de prohibición, y al mismo tiempo, como derechos liberales, quedando en un segundo plano en las tecnologías y dispositivos que permitían el ejercicio de poder. Sin embargo, creo que esta dimensión conceptual adolece de un grave desajuste respecto de las prácticas a las que se refiere: en algunos casos por no describir prolijamente las prácticas, y en otros por no delinear de modo preciso los conceptos que se correspondían con ellas, Foucault no logró dar cuenta del modo en que el derecho puede funcionar como una herramienta para hacer efectivo el accionar de las disciplinas. Ese ojo agudo que logró advertir las discontinuidades en las relaciones de poder, que se esforzó en extraer sus conceptos de las propias prácticas disciplinarias, quedó enceguedido al momento de realizar una conceptualización del derecho que estuviera ajustada a esas mismas prácticas.

Marcadas estas deficiencias, quienes estamos preocupados por el modo en que el derecho se inscribe y se articula con prácticas de poder, no debemos desechar la obra de Michel Foucault. Más bien, de lo que se trata, es de situar al derecho dentro de la analítica del poder, pero, en este caso, no con Foucault, sino a pesar de Foucault.

## IX. Referencias

- Beck, A, (1996). Foucault and Law: The Collapse of Law's Empire. *Oxford Journal of Legal Studies* 16, 3, 489-502.
- Castro Orellana, R. (2004). Ética para un rostro de arena. Michel Foucault y el cuidado de la libertad. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- Ewald, F. (1986a). The Law of Law. En G. Teubner (Ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (36-50). New York and Berlin: De Gruyter.
- (1986b) A concept of social law. En G. Teubner (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (40-75). New York and Berlin: De Gruyter.
- (1986c). *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard.
- (1976). *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Gallimard.
- (1984). *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard.
- (1999). *Les anormaux. Cours au Collège de France (1974-1975)*. Paris: Gallimard.
- (2001a). Les anormaux. En *Dits et écrits I* (1690-1696). Paris: Gallimard.
- (2001b). La société punitive. En *Dits et écrits I* (1324-1338). Paris: Gallimard.
- (2001c). L'asile illimité. *Dits et écrits II* (271-275). Paris: Gallimard.
- (2001d). Crise de la médecine o crise de la antimédecine? *Dits et écrits II* (40-58). Paris: Gallimard.
- (2001e). Sur la sellette. *Dits et écrits I* (1588-1593). Paris: Gallimard.
- (2001f). Préface. *Dits et écrits I* (1063-1065). Paris: Gallimard.
- (2001g). La folie, l'absence d'œuvre. *Dits et écrits I* (440-448). Paris: Gallimard.
- (2001h). Folie, littérature, société. *Dits et écrits I* (972-996). Paris: Gallimard.
- (2001i). De la nature humaine: justice contre-pouvoir (1339-1380). *Dits et écrits I*. Paris: Gallimard.
- (2001j). Enquête sur les prisons: brisons les barreaux du silence. *Dits et écrits I* (1044-1050). Paris: Gallimard.
- (2001k). Je perçois l'intolérable. *Dits et écrits I* (1071-1073). Paris: Gallimard.
- (2001l). Prisons et révoltes dans les prisons. *Dits et écrits I* (1293-1300). Paris: Gallimard.
- (2001m). En guise de conclusion. *Dits et écrits I* (1284-1287). Paris: Gallimard.

- (2001n). Le pouvoir, une bête magnifique. *Dits et écrits II* (368-382). Paris: Gallimard.
- (2001o). Entretien avec Michel Foucault. *Dits et écrits II* (140-160). Paris: Gallimard.
- (2001p). Sexualité et pouvoir. *Dits et écrits II* (552-570). Paris: Gallimard
- Les rapports de pouvoir passent à l'intérieur des corps (entretien avec L. Finas). *Dits et écrits II*. Paris: Gallimard.
- (2001q). Les mailles du pouvoir. *Dits et écrits II* (1001-1020). Paris: Gallimard
- (2001r). Le jeu de Michel Foucault. *Dits et Écrits II* (298-329). Paris: Gallimard.
- (2001s). La vérité et les formes juridiques. *Dits et écrits I* (1406-1514). Paris: Gallimard.
- (2001t). Table ronde sur l'expertise psychiatrique. *Dits et écrits I* (1532-1534). Paris: Gallimard.
- (2001u). L'évolution de la notion d'«individu dangereux» dans la psychiatrie légale du XIX siècle. *Dits et écrits II* (443-464). Paris: Gallimard.
- (2003). *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France (1973-1974)*. Paris: Gallimard.
- Gerspach, E. (1892). *Le Manufacture Nationale des Gobelins*. Paris: Librairie Ch. Delagrave.
- Golder, B., Fitzpatrick, P. (2009). *Foucault's Law*. London: Routledge.
- Hirst, P. (1986). *Law, Socialism and Democracy*. London: Allen & Unwin.
- Hunt, A. (1992a). Foucault's Expulsion of Law. *Law and Social Inquiry*, 17, 1, 1-38.
- (1992b). Law and the Condensation of Power. *Law and Social Inquiry*, 17, 1, 57-62.
- Kennedy, D. (1991). The Stakes of Law, or Hale and Foucault! *Legal Studies Forum* 25, 4, 327-366.
- Le Crom, J.-P. (2003). Le livret ouvrier au XIXe siècle entre assujettissement et reconnaissance de soi. En D. Gaurier, P.-Y. Legal,

- Y. Le Gall (Dir.), *Du droit du travail au droits de l'humanité* (91-100). Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- Pinel, P. (1801). *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale, ou la manie*. Paris: Richard, Caille et Ravier Libraires.
- Rose, R., Valverde, M. (1998). Governed by Law? *Social and Legal Studies* 7, 4, 541-551.
- Tadros, V. (1998). Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault. *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 1, 75-103.
- Wickham, G. (2002). Foucault and Law. En R. Banakar, M. Travers (Eds.), *An Introduction to Law and Society Theory* (217-232). Oxford: Hart.
- (2006). Foucault, Law and Power: A Reassessment. *Journal of Law and Society*, 33, 4, 596-614.



# ENTREVISTAS



**Arte de la portada: *Hugo Echarri***

**Obra: *Foucault, Che y Cia***

**(acrílico y óleo sobre tela, 150x180 cm)**

## **Conferencia de prensa del 2 de enero de 2020. Presentación de la defensa legal de E. Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra a Evo Morales<sup>1</sup>**

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

Año 5/Nº 14, Verano 2019-2020 (21 diciembre a 20 marzo)

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e386>

### **Presidente Evo Morales:**

Después de ser presidente, nunca van a encontrar que soy corrupto. Quiero decirles, estimados y admirados abogados –penalista y constitucionalista–, que no van a encontrar algo así. Las acusaciones siempre vendrán así, por sedición. En este momento, decir “fuera al golpismo” ya es ser sedicioso. Es como si estuviera coartada la libertad de expresión. El que protesta contra el gobierno de facto ya es sedicioso. Evidentemente, allá las nuevas generaciones están con mucho miedo. Aún nos estamos recuperando, poco a poco. Los primeros días ni se imaginan. También se les calló a los medios de comunicación, con amenaza a la prensa nacional e internacional, que serían investigados con procesos de sedición si algún medio de comunicación protestaba contra el gobierno de facto. Esa es nuestra situación.

Por eso los saludo y estoy muy contento de estar con grandes profesionales, grandes defensores de los derechos. Nosotros estaremos siempre con la verdad y con la justicia. Evidentemente, queremos contar con esta clase de personalidades

---

<sup>1</sup> El evento se desarrolló en el Hotel Bauen, Ciudad de Buenos Aires. El texto fue desgrabado por la abogada Cecilia Urquieta. La corrección se encontró a cargo de Pablo Germán Ali.

muy conocidas. De verdad, para mí es un honor y un orgullo estar junto a ustedes, que me ayuden a defender y que sean nuestros defensores legales, no solamente para mí, sino sobre todo en la defensa ante la injusticia, la defensa de los pueblos humildes. Ustedes saben que en nuestro proceso de cambio siempre hemos defendido a los humildes de toda Bolivia. De verdad, estoy muy contento. Muchas gracias por ese apoyo, por esta defensa a nuestro movimiento.

### **Dr. Raúl Gustavo Ferreyra:**

Muy buenos días a todos y todas. Es un doble honor que el Presidente nos haya postulado para asumir la asesoría y, eventualmente, la defensa jurídica ante los estrados y tribunales y, luego, llevar a cabo esta tarea de codefensor junto con el profesor Zaffaroni.

El primer señalamiento básico que quiero hacer es que Bolivia no es un Estado constitucional. Los Estados en el mundo se dividen en Estados constitucionales y no constitucionales. Bolivia está fuera del mundo: Bolivia es un Estado donde no existe la fuerza regulada racionalmente, Bolivia es un Estado de pura fuerza bruta. Los Estados constitucionales son Estados de Derecho, porque en ellos la fuerza se planea y realiza con determinada racionalidad, más o menos incompleta. O los Estados no constitucionales son Estados de “No Derecho”, porque allí la fuerza carece de regulación y se administra, siempre, con una misión beligerante.

En segundo lugar, ignoramos si hasta este momento la autoridad de facto en Bolivia domina totalmente el aparato de la administración y el aparato del territorio; lo ignoramos porque no tenemos informaciones, de manera que nos atrevemos a decir que es un Estado de pura fuerza, aun en la hipótesis – queda flotando la duda– de si ejercen efectivamente el dominio del territorio.

En este mismo punto, quiero señalar que, en esta parte del mundo, nuestra América Latina deteriorada, colonizada y empobrecida, no existe actualmente un Estado de pura fuerza bruta como es el Estado boliviano en este momento. No hay nada similar, no podemos compararlo con nada, porque es el gobierno de la irracionalidad. En este sentido, la Asamblea boliviana todavía no ha aceptado ni rechazado la renuncia del presidente Evo Morales. En consecuencia, desde la comprensión del Derecho constitucional, nosotros estamos en presencia del presidente del Estado Plurinacional de Bolivia.

Juzgamos que es importantísima la atención de todos los latinoamericanos sobre esta cuestión, porque es un precedente nefasto y horrible, dado que nunca nos hemos enfrentado a una circunstancia de estas características. Deseo añadir, también, que la propia Constitución boliviana del 2009 ha dispuesto que todos los actos de quienes son usurpadores de poder o ejercen potestades que no le han sido asignadas son nulos de nulidad insalvable e insanable. Esto trae como directa consecuencia que todo lo que se hace en este momento en Bolivia es –como he señalado– fuerza completamente desregulada, sin ningún tipo de control y ningún tipo de garantía.

En cuanto nos concierne a nosotros estamos en presencia de un (des) orden de pura fuerza bruta, el Estado de Bolivia, que no es reconocido por la Argentina. En realidad, se trata de un verdadero desorden, razón por la cual la Argentina en ningún momento –entiendo– debería responder a ningún pedido que venga de Bolivia, pues no es un Estado constitucional. El hecho de que el presidente Morales esté hoy entre nosotros nos reconforta, como también nos reconforta que haya elegido la Argentina.

Casual o curiosamente, los argentinos y las argentinas tenemos un mandato muy específico desde 1853. Diría que contamos con una de las pocas constituciones en el mundo que no establece ninguna distinción entre nacionales y extranjeros; así que, presidente Evo Morales, acá somos todos exactamente

iguales ante el Derecho, y no se puede tomar ninguna medida discriminatoria frente a un extranjero. Desde 1853 la Argentina equipara abiertamente a quienes han decidido vivir en este país, por la razón que fuera, por propia voluntad o porque han querido pedir asilo político, y a quienes hemos tenido la suerte –o la infelicidad– de nacer en este territorio.

Durante el mes de enero se suscitará una importantísima cuestión constitucional, porque termina el mandato del presidente, y termina también el mandato de los miembros de la Asamblea. En ese momento Bolivia entrará en una zona de acefalia absoluta, que no se encuentra resuelta por la Constitución. Por lo tanto, cualquier petición, en cualquier sentido, para extender o prorrogar los mandatos de las autoridades de facto, seguirá la línea brutal de esta fuerza bruta que estamos delineando.

Finalmente, debo decir entonces que, a nuestro juicio, en cuanto fenezcan los mandatos del presidente Evo Morales y de los miembros de la Asamblea, debería asumir la conducción de Bolivia, inmediatamente, la autoridad constitucional y regularmente constituida a ese momento y convocar de inmediato a elecciones. Ésta ha sido mi breve alocución y le voy a ceder la palabra al profesor Zaffaroni.

### **Dr. Raúl Zaffaroni:**

Muy buenos días, señores y señoras. Realmente es muy poco lo que tendría que agregar a lo que acaba de decir el profesor Ferreyra. Es para mí un honor poder estar aquí, junto al presidente constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, y digo el “presidente constitucional” porque hasta el día 22 de enero es el presidente constitucional de Bolivia. Ustedes se preguntarán “por qué”; muchos dirán “renunció”. Sí, renunció, pero la renuncia no ha sido tratada por el único órgano habilitado para aceptar o rechazar la renuncia, que es el Órgano Legislativo de Bolivia, es decir, la Asamblea Legislativa Plurinacional. La Asamblea no ha podido reunirse para tratar la renuncia, para

aceptarla, para rechazarla, porque los diputados son gaseados, les tiran gases lacrimógenos, incluso para que no entren al recinto. La Asamblea no se ha reunido; en consecuencia, la situación es extrañísima.

Si me preguntan, incluso, cuál es la situación jurídica del presidente Evo Morales, algunos podrían decir que tiene estatus de refugiado o algo similar. Aclaro que esto no es correcto. Yo diría que tiene la inmunidad que le corresponde a un jefe de Estado extranjero, por lo menos hasta el 22 de enero tiene esa inmunidad. Esto es insólito. Mientras tanto, se titula presidente de Bolivia una señora que surge de un partido que tiene el 4,4 % de los votos.

Todos sabemos lo que ha pasado. Todos sabemos que hay por lo menos unos 38 muertos reconocidos, además de los heridos. Pero ha pasado algo peor, es decir, nuestra región ha tenido gobiernos de hechos, hemos tenido violaciones de los derechos humanos, seguimos teniendo lamentablemente. Hay muchas situaciones conflictivas, es verdad, pero lo que dijo Ferreyra hace un momento es cierto: ninguna es como la de Bolivia, y ninguna es como la de Bolivia porque realmente se han salido del sistema planetario. En los últimos días hemos visto que el régimen o el ejercicio del poder boliviano –porque no sé si es un Estado realmente– ha violado normas elementales, las más elementales normas del Derecho de gentes que regulan la coexistencia entre Estados. Me refiero a hostigar embajadas, echar a representantes diplomáticos, violar la norma elemental del derecho de gentes de inmunidad de embajadas extranjeras.

Llamo la atención porque estamos tocando las normas más elementales que hay y que hacen a la coexistencia y a la comunidad jurídica mundial. Esto directamente –insisto– es salirse del sistema planetario, más allá del planteo del gobierno de facto, más allá de la violación a derechos humanos. Es una situación de fuerza –de fuerza bruta, decía Ferreyra–; es una situación de no derecho.

Muchas veces, cuando enseñamos derecho, a nosotros se nos ocurre inventar casos de laboratorio, y entonces se nos va la imaginación. Hemos inventado casos insólitos, situaciones insólitas, pero muchas veces nuestra creatividad docente es superada por la realidad, y éste es un caso en que la realidad supera todo lo que se nos pueda haber ocurrido. No encuentro otro caso históricamente dado, porque lo de Bolivia, al violar estas normas elementales, de la convivencia de la comunidad internacional, se convierte en un Estado, no ya de facto, sino en un Estado de no Derecho.

Aclaro que ante el Derecho argentino no se ha planteado ningún pedido de extradición. Lo único que hemos visto es una orden de detención, emanada de ningún juez, sino de dos fiscales, por el delito de sedición. La sedición es un delito objetivamente político, y por delito político no se puede solicitar la extradición de nadie, según establece el Tratado de extradición con Bolivia, que firmamos en el año 2014, y creo que lo firmó el Presidente Evo Morales también. Además, según las normas internacionales en materia de extradición, por delitos políticos no se extradita. El delito de sedición es objetivamente un delito político, es un delito contra los poderes políticos; el bien jurídico es el poder político. Pero insisto en que no hay pedido de extradición. Tampoco, según nos informa el colega Baltasar Garzón, hay ninguna gestión ante Interpol. De modo que, en ese sentido, aún no tenemos nada que hacer ante nuestros estrados argentinos ni Ferreyra ni yo. Cualquier cosa, estamos dispuestos a hacerlo si una eventualidad se llega a presentar, pero en este momento no hay absolutamente nada de esto.

¿Qué pasa el 23 de enero? Digo “23 de enero” porque serían las 00:00 horas del día siguiente 22. Hasta las 23:59, tenemos presidente constitucional y tenemos una Asamblea Legislativa Plurinacional. A partir de las 00:00 horas del 23, eso no existe más en Bolivia; se terminaron los mandatos. De alguna manera, hay que pensar cómo salir de esta situación que se ha creado, de este Estado de no Derecho. El mal está hecho, el daño está



hecho. Ahora hay que pensar cómo se revierte. ¿Qué correspondería hacer en una situación de esta naturaleza? Bueno, es lo que decía el colega: ¿qué queda de autoridades constitucionales?, quedan los Tribunales, y por ende lo correcto sería lo que ya pasó alguna vez en la historia de Bolivia, es decir, que asuma la presidencia provisional el presidente del Tribunal Supremo, y de esa manera convoque a elecciones para que se normalice en lo posible esta situación.

Señoras, señores –insisto–, esto no tiene precedentes. Esto es muy grave para nuestras democracias, más allá de simpatías o antipatías. En nuestra región –no soy ingenuo– sabemos que hay serias dificultades, dificultades de toda índole. Las vamos a superar; los pueblos no se quedan quietos. Pero realmente esto rompe todas las reglas de convivencia internacional. Exageraron la nota, realmente. Tengamos mucho cuidado cuando en el mundo se tocan estos límites, cuidado con los límites mínimos del Derecho, mínimos de la convivencia entre Estados. En muchos órdenes, creo que la humanidad está tocando ciertos límites.

Hoy leía la noticia de un científico, para llamarlo de alguna manera, que experimentó con manipulación genética, fuera de protocolos. Cuidado con lo que estamos haciendo porque en cualquier orden donde cualquiera rompa los límites mínimos de la coexistencia, pone en juego el destino de la existencia humana. Me refiero a los límites mínimos del Derecho, rotos por cualquiera, los límites que tiene que tener cualquier diplomacia. E –insisto– nuestra diplomacia continental lamentablemente ha caído en una mala praxis peligrosa, que pone en peligro más de 100 años de política panamericana. Mala o buena, con sobras o con sus virtudes, pero nunca se la puso en peligro con una mala praxis diplomática como la que está sucediendo en este momento.

Realmente todo esto es lo que nos lleva a pensar que estamos tocando también un límite. Si se toca el límite de la biología cinética, si se toca el límite de la economía cinética, si cualquier

tecnócrata tira la ética y maneja lo que quiere, cuidado que estamos volviendo al Estado hobbesiano, pero en ese Estado precontractual que trataba Hobbes la gente se peleaba a golpes con machetes, con palos. Cuidado porque, con la altísima tecnología y la capacidad destructiva inenarrable e ilimitada con la que contamos hoy, cada vez que se toca un límite de estos se pone en riesgo el destino futuro de la humanidad. Esto no es una mera cuestión de golpe de Estado, no es una mera cuestión política. Se les ha ido la mano: ahora están tocando las reglas básicas de la coexistencia entre Estados, están saliendo de la comunidad internacional.

Gracias por confiar en nosotros en este momento y quedamos a sus enteras órdenes.

## El Guido de Estela

*Guido Leonardo Croxatto*

*Tell me what is that voice that saps my breath  
out of my body*

Burns, *The voice*

En la sede de Abuelas, yo estaba con Estela cuando entró Rosita. Creo que era 2013. “Rosita te presento a Guido, pero no es mi Guido”, dijo con amor Estela y un dejo de angustia al final de la frase, esa mezcla de seguridad, orgullo, y dolor, en este mar de profunda incompatibilidad. “Este es Guido”. Yo la saludé a Rosita. Y le dije a Estela “todos somos un poco tu Guido, Estela, todos y cada uno de nosotros”. Se lo volví a repetir a Estela, siete años después, en la Universidad Nacional de Lanús, antes de su discurso en la mesa de mujeres, donde contó cómo para ellas hacer la revolución era llevarles comida en un taper a sus maridos que estaban tomando la Universidad y lanzarle bolitas a las patas de los caballos de la policía. Eso era “todo”, dijo Estela, conmoviéndonos. Tan inocentes éramos. Nunca podríamos haber pensado cuánto de travesura hay en una revolución. Cuánto de ternura. Cuánto de amor (diría el Che). De enfrentamiento fingido. Que termina siendo cruento y deleznable. Termina siendo real. Porque los intereses chocan. Y los policías casi nunca se animan a desobedecer una orden.

Cuando me iba, luego de que le hubiera repetido que a todos “nos pesa un poco el nombre”, llamarse “Guido” en esta sociedad, donde Guido, el único Guido que debiera aparecer, no está(ba), continua(ba) robado, negado, desaparecido (luego apareció Ignacio, y este libro quedó interrumpido, mientras yo

vivía en Berlín, intentando otra vez escribir equivocadamente una tesis sobre derechos humanos en el lugar donde tuvo lugar el horror más grande del siglo XX, el sitio de turismo de Berlín, cuando se refiere a Wannsee, dice hoy con un dejo de sorna “buena y mala fama” de Wannsee, como si fuera posible decir algo tan superficial y ridículo, como si el horror de la solución final fuera tan solo una cuestión de mera “fama” buena o mala<sup>1</sup> de un lugar), en el presente, es un crimen del que no quiero yo participar, le dije “me da vergüenza llamarme Guido”, como pudo alguien elegir este nombre, en esta sociedad con chicos robados de padres asesinados que aun oculta(ba) a Guido, llamarse “Guido” está mal, da vergüenza, es dar una señal confusa, equivoca, ser cómplice, es no dejar ver.

Te regalo este nombre, es tuyo. Hasta que Guido no aparezca, no puede haber otro “Guido”, Guido es un nombre que no se puede usar. Es un lugar sagrado. Cuando me iba, Estela me acompañó a la escalera de la entrada, el sol entraba, me dio un beso y me abrazó fuerte, como hace siempre, y cuando yo estaba ya por cruzar la puerta de la calle Virrey Ceballos, me dice (ella se ve que había seguido parada, mirando cómo me iba) “A mí me encanta que te llames Guido, sabes?”, dijo. En la fijeza de esa Mirada, en la divinidad petrificada de ese rostro, en su lógica, diría Levinas, yo encuentro todo. A Laura viva. Tal vez si Beckett

---

<sup>1</sup> Me llamaba la atención cómo levantan la mano: con la palma para atrás. Luego entendí que hasta allí llegan las huellas del pasado: levantarla con la palma de frente como en cualquier otro país (como en cualquier aula argentina) tiene aquí oscuras reminiscencias: era el saludo al Fuhrer, otro nombre que esta casi prohibido decir en alemán. Estas cosas son las cosas que uno aprende apenas comienza a estudiar alemán. Hay cosas –términos, verbos, palabras- que no se dicen. Que no se pueden mencionar. Tan grave y próximo es el pasado. (Esto no quiere decir que también en Alemania haya desaparecido el riesgo de banalizar el horror del pasado: los guías turísticos de Berlín suelen iniciar los recorridos por Wannsee diciendo que el sitio tiene “una buena y una mala fama”, como si el hecho de haber decidido allí el exterminio definitivo (la solución “final”) de millones de seres humanos pudiera ser resumido o rebajado a una cuestión de mera “fama”, de buena o “mala fama”, emparejando ese horror genocida (la Shoá) con la belleza de la naturaleza bucólica del lugar (“buena fama”). Aún hoy, pleno 2019, el sitio turístico de Berlín califica de tal manera Wannsee. “Wannsee Buena y mala fama”. (<https://www.visitberlin.de/es/wannsee>). Cuesta creerlo. Es un sitio oficial del Estado alemán. Adorno no estaba equivocado. Arendt tampoco.

hubiera estado en los campos, no elegiría llorar. Se aferraría a algo. Los que no somos hijos de desaparecidos, como mi amigo Julián Axat (que me dijo en 2013 precisamente “vos ya sos un HIJO, Guido”, y creo que fue lo más honroso que alguna vez me dijeron), podemos soltarnos un poco más que los otros. Podemos llorar. Sin decir más. Podemos llorar con la libertad que ellos, que luchan, no pueden. Ellos no pueden darse el lujo. Porque ellos mantienen en pie el hilo del que fue hasta el final, de los rostros que pintaba Olomucka: hablan por los que no pueden. Son Laura. Y Laura no puede llorar. No debe. “No nos matan”, dijo la hija de Rodolfo Walsh. Nosotros elegimos. Entonces no podemos llorar. Hay que continuar. Poesía herramienta, como diría Celaya. Poesía testimonio. Poesía para la acción. Poesía-Derecho. La Poesía es (y quiero enfatizar el *ES*) Derecho<sup>2</sup>. Por eso no tiene sentido hablar, como hacemos con Julian Axat en un ciclo que coordinamos en la UBA hace un tiempo, de poesía y Derecho. Porque la poesía *es* Derecho. El Derecho nace así. No de otra forma. Como poesía social y popular. Como reivindicación cantada por los pueblos, los revolucionarios son los pueblos que cantan, me dijo Pierre Sané en una cena en Fervor, en Recoleta, lugar al que solo había ido antes con Duhalde. Como “bardo”. Como “mala palabra” que causa “problemas” políticos al conmovier y romper el estatus quo. Como memoria concreta. Como voz cruda que vuelve en el canto a ser oída, incluso después de haber sido ultrajada, pisoteada, esa voz vuelve. Está. No es que está desaparecida. Vive a través. Emerge. Sale del río. Sale de las paredes.

---

<sup>2</sup> Roland Spiller, en la Goethe Universidad de Frankfurt (cuyo edificio fue de la compañía IG Farben, que fabricaba el gas zyklon B, que tiraban los nazis en la “ducha”, cuesta creer que aun hoy se enseñe, en 2020, Derecho en ese mismo edificio!), junto a la hija de Paco Muñoz Conde, Marta Muñoz, colaboradora suya, amiga de Antonio Martins- nos preguntó repetidas veces, despues que yo leyera dos poemas de Julian Axat y uno de Jorge Money, que es esa figura nueva de “abogados-poetas”, publicados por la colección talita dorada. No se trata de defender una visión poetica de la justicia en el sentido de Nussbaum (profesora de letras en Chicago, contracara de nuestra posicion ideologica latinoamericana), sino de explicar el proceso en el cual los HIJOS que llevan adelante juicios de derechos humanos, además de ser abogados de izquierda, comprometidos en derechos humanos, son poetas (“putos”, “maricones”) y usan a la poesia como una herramienta (“rosa”) de presencia y reivindicacion de lo que quiso ser enmudecido y silenciado para siempre. Zurdos. Comunistas. Y maricones.

## La apelación

Con el nombre “carcelitas” se conoce en Villa Fiorito a las casas abandonadas de los transas que la policia utiliza de modo informal para encerrar y reprimir a los chicos que no roban para ellos. El lugar de la poesia es hacer poemas con esto (que el derecho no dice o no quiere afrontar –no quiere ponerle un nombre- por diversas razones). Los ricos no entienden la desesperación de los pobres. La veleidad del derecho está rota. Parménides demuele uno a uno los argumentos que usa Socrates para justificar su teoria de las Ideas. Parmenides pregunta si hay idea de uña, si hay idea de mugre. Socrates por un segundo -al menos- tambalea. Esa vacilación expresa la dificultad de la filosofia para pensar lo bajo. Algo parecido le pasa a la Historia. A los historiadores. La complicidad no es siempre criminal ni deliberada (y eso es lo grave). Es parte de un método. No mienten cuando defienden la historia “objetiva” o lo que creen que es. El problema es cómo se conforma esa “objetividad”. Qué esconde que no vemos. “Ay Marta, Usted siempre condoliéndose por todos”, le dijo Daisi Ripodas Ardanas a mi mamá, en plena dictadura. Como si no necesitaramos una historia capaz de condelarse “por todos”. Ripodas era la esposa de Mariluz Urquijo, director del Instituto de Historia del Derecho, amigo a su vez de Abelardo Levaggi, que en plena clase de doctorado en Derecho (indiano) en la UBA, dijo que Viñas (a quien yo había defendido segundos antes) era un “rojo”. 2011. No 1977. Ignoro si se puede hacer *poesía* con esto. Pero sé lo que dijo Adorno sobre la poesía.

La metafisica nos libera de la mugre, se pone en esa posición liberadora, ideal, mas alla de todas las ataduras del sujeto a la materialidad y el detritus (a la chapa que menciona Martín Ogando Montesano). La metafisica. Los tachos entreabiertos. Los resquicios que nadie nunca limpia y que vemos en un ascensor y que relevan bastante bien lo que somos. Porque hay algo que no se limpia. La filosofia despues de Auschwitz no puede volver a ponerse en esa posición, tampoco la nuestra, la

marginalidad argentina. No se puede volver a justificar por lo alto, lo bajo. La filosofía del Derecho y la filosofía de la Historia (india, sin américa profunda) hacen ambas eso. Cara y cruz. De Auschwitz a la ESMA. A algunos les parece que la comparación es sin embargo “exagerada”. Que no es “lo mismo”.

No puede haber poesía o por lo menos no puede haber ejercicios de virtuosismo, Adorno-Heidegger-Celan-Friburgo. Carcelitas. Sabemos que el tipo está tirado. Que duerme con frazadas llenas de olor a mugre. Y nosotros llevamos a nuestros hijos impecables al colegio, esquivando esa cuadra. La maestra quiere que mi hijo ponga cada letra en su lugar. Para eso te hace las rayitas, Constantino. La maestra le da todas las letras mezcladas, pero él las tenes que unir y no quiere. Hasta para escribir un poema hay que seguir una lista precisa y finita de pequeños pasos de razonamiento casi enteramente triviales. No decir. Sino hacer bardo. La deformación de este concepto habla por si sola: de ser algo bueno (poesía) a representar algo malo: un problema que se debe evitar. Para ellos la poesía es la *poli-tización* de la palabra. La voz no manufacturada y prefabricada. La ruptura. Por ahí es.

el propósito del poema es demostrar que existe el peligro de dejarnos llevar por nuestras tendencias a simplificar demasiado las cosas. Sacar a los abogados de los dictámenes. Evitar que el procedimiento administrativo anule nuestra capacidad.

temor reverente ante la vastedad y los misterios del universo (si algo caracteriza al universo es su oscuridad) pero me inquieta este halo de superficialidad que nos contamina. hablamos de todo sin saber y estamos muy bien con eso: no nos molesta (tampoco a nosotros!), no nos inquieta, no nos averguenza para nada “opinar”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Escucho que queremos incorporar a nuestros programas la “perspectiva” de género. Como si el genero fuera nada mas que eso: una mera “perspectiva”.

**Escriben en este número:**

ÁLVAREZ, Luciana  
AMOS, Fernando  
BALDI, Eduardo  
BELAUNZARAN, Lucía  
Benente, Mauro  
BIBILONI, Homero M.  
BONET DE VIOLA, Ana María  
DA RIN, Nerina  
DELGADO KNIGHT, Marla Iris  
DÍAZ, Ailén  
DÍAZ, Juan Francisco  
DUQUELSKY GÓMEZ, Diego J.  
FERREYRA, Raúl Gustavo  
FLAHERTY, Martina  
GALVÁN, Ezequiel Rodrigo  
GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro  
KNIGHT SOTO, Idarmis  
KRONZONAS, David E.  
LÓPEZ, José Ignacio  
LUEIRO CAMPOS, Gustavo Daniel  
MARICHAL, María Eugenia  
MARQUARDT, Bernd  
MARTIN, Liber  
MEDICI, Alejandro  
MENESTRINA, Martín  
MIRANDA, Florencia Mariel  
MORALES, Evo  
MORENO, Juan Ignacio

NASIF, Santiago Andrés  
O'CONNELL, Paul  
PAGANO, Sebastián Pablo  
REVENGA SÁNCHEZ, Miguel  
SÁNCHEZ CARDONA, Mariela Inés  
SERVIN, Abelardo  
STORTONI, Gabriela  
TORRES, Sebastián  
VACCARONI, Guillermo  
VERNETTI, Luciano  
VÉRTIZ MEDINA, James  
VIGNALE, Silvana  
VILLALIBRE, Candela  
VITALIANI, Emiliano  
ZAFFARONI, E. Raúl  
ZAPICO FELTRI, Lucía Florencia



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



[WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA](http://WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA)  
[WWW.DERECHOENACCION.COM.AR](http://WWW.DERECHOENACCION.COM.AR)