



OTOÑO 2021

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



OTOÑO 2021

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



Cabral, Pablo Octavio –Director– y Moreno, Guillermo Raúl
–Editor General–.

Revista Derechos en Acción –ReDeA–

Otoño 2021. Año 6, N° 19; 750 pp.; 15 x 22 cm.

La Plata, 21 de junio de 2021

Ediciones Redea

ISSN 2525-1678 / e-ISSN 2525-1686

Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

ASOCIACIÓN EDITORA

Revista Derechos en Acción Asociación Civil
(personería jurídica en trámite)

INSTITUCIÓN ACADÉMICA EDITORA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina

STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: guillermoraulmoreno@yahoo.com.ar

COORDINADOR DE EDITORES

Abog. José María Maitini

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Contacto: josemaitini91@gmail.com

STAFF EDITORIAL

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: joseignaciolopez8@gmail.com

Prof. María del Carmen Alemán

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: mariadelcaleman@gmail.com

Prof. Rosario Echevesti

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: roechevesti@gmail.com

Prof. Fernando Maitini

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: fmlpsch@yahoo.com.ar

Prof. Stefanía Alba Nájera

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: stefaniaalbanajera@hotmail.com

RESPONSABLES DE SECCIONES ESPECIALES

Ailén Díaz, Fernando Amosa,

Juan Francisco Díaz y Penélope Canónico

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

EQUIPO DE IDIOMAS

Juan Cruz Vallefín, María Fernanda García,
Sofía Sarasqueta

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini

Facultad de Bellas Artes de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: nachamazza@gmail.com

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Contacto: cecivillegas@hotmail.com

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

Lic. Carolina Cabado • Coordinación

Franca Rueda • Fotografía

Abril Di Fonzo • Video e imagen

Santiago Rivas • Redes

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Martín Lara Paz

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

María Elena Attard Bellido

Universidad Mayor de San Andrés - Bolivia

Fernando Atria

Universidad Nacional de Chile - Chile

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional Arturo Jauretche - Argentina

Juan Pablo Bohoslavsky

Universidad Nacional de Río Negro - 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 Nacional 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

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

Alejandro González Monzón

Universidad de La Habana - Cuba

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Gabriela Gusis

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres

Universidad Católica del Norte - Chile

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Francisco Henao Bohórquez

Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín -
Colombia

Marisa Herrera

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natalia Herrera Galves

Universidad Nacional de Colombia - Colombia

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - 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

Santiago Medina

Universidad de San Buenaventura Medellín - Colombia

Ronald Meneses Vanegas
Universidad del Valle - Colombia

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Oscar Parra Vera
Universidad Nacional de Colombia - Colombia

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 Quilmes - 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

Rafael Valim

Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Antonio Carlos Wolkmer

Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Ruiz

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Paulo Bonavides †

Universidad Federal de Río de Janeiro - Brasil

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

JULIETA ROCKERA

Docente en la UNLP, artista de un arte que transforma y da herramientas. Crea recursos y los dispone para cuestionarnos, y así elaborar múltiples verdades ante diferentes experiencias. Su obra se centra en ser sensibilidad, el dolor y la transformación de él; reconstruye palabras como fracaso, valentía y verdad por intermedio de acciones, el cuerpo, la gráfica y el tatuaje. Problematisa conceptos relacionados a la Cultura y el (Re)Conocimiento del Pueblo Originario Selk'nam. Trabajó, expuso y accionó talleres en Cuba, Brasil, Ecuador, México, Uruguay. En Cuba y Brasil dictó conferencias en grado y posgrado. Es parte del grupo EVVA; obtuvieron las becas del Fondo Nacional (2018/19) y PAR (2020). Ha recibido menciones de honor en los Salones Molina Campos (2018), Arte Joven (2016 y 2012) y concurso del Registro de las personas (2016).

Contacto: IG @julieta_rockera

Blog: <https://julietarockerajulieta.blogspot.com/>

STATEMENT DE OBRA

En esta línea donde el arte es mediador e impulsor, las obras apuntan a reconocer esos quiebres que se producen en el tránsito, para recuperarlos y encarecerlos no en el orden de lo capital sino en el orden de la experiencia. ¿Existe acaso otra forma de hacer visible la huella, de develarla, si no es a través de quiénes somos? Gracias a las instancias de proceso, donde las marcas que se imprimen son marcas que transforman a través de la disposición y la entrega de cuerpos que salen al encuentro, la obra busca reconocer, revalorizar y transformar la herida en bastión: un tejido de gasas que actúa no sólo como protección sino como símbolo que identifica dolor para generar nuevas tramas de fuerza en la identidad.

TEXTOS DEL APÉNDICE LITERARIO

CARLOS HILBCK

Actor, director y dramaturgo platense. Abogado, Profesor en la UNLP y la UCALP. Fundador del movimiento artístico Teatro del Vómito. Obras estrenadas: Perú, Sauna, ELTUYO, Pousada, Sofá, NN, Cuatro, Retraso y 17. Ha publicado *Teatro del Vómito I* (2014) y *Teatro del Vómito II* (2016), ambos por Malisia editorial. Desde 2015 coordina laboratorios anuales de investigación escénica de obras del Teatro del Vómito.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

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

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

ÍNDICE

Editorial	19
ENSAYOS	21
Contratos de participación público privada	23
<i>Leandro E. Ferreyra (UBA, Argentina)</i>	
El poder, el sujeto y la interpretación jurídica: un abordaje basado en el pensamiento tardío de Michel Foucault	84
<i>Juan Ortiz (UNR, Argentina)</i>	
La dolarización del comercio granario argentino y su administración en el concurso preventivo: cuando la productividad y el empleo pierden para que gane la especulación	115
<i>Javier Ortega (UNT, Argentina)</i>	
De cuerpos presentes: participación política de las mujeres e IVE	147
<i>María Julieta Cena y Marina Villarreal (UNC, Argentina)</i>	
La capital de los Estados Unidos mexicanos: Una ciudad constitucionalmente adjetivada	184
<i>Alejandra Boto Álvarez (Universidad de Oviedo, España)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	209
El procedimiento administrativo electrónico, sus principios y el rol de la abogacía pública. La normativa en Tierra del Fuego	211
<i>Zarina E. Ross (UBA, Argentina)</i>	

La regulación administrativa de la cuestión alimentaria. Un análisis a partir del Plan AccionAR y el Programa Argentina contra el Hambre	224
<i>María Eugenia Marichal (UNL, Argentina)</i>	
<i>y Ana María Bonet de Viola (UCSF, Argentina)</i>	
COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	259
Doscientos años de historia judicial bonarense	261
<i>Diego Presa (UNLP, Argentina)</i>	
La nulidad del crédito de Argentina con el FMI	284
<i>Andrés Bernal (UBA, Argentina), Augusto Martinelli y Francisco Verbic (UNLP, Argentina)</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	317
Los particulares frente a la inexistente equidad federal	319
<i>Agustina Castro (UBA, Argentina)</i>	
INVESTIGACIONES	338
Impacto de la crisis sociopolítica en la vida de las mujeres trabajadoras de la maquila textil/vestuario del departamento de Managua-Nicaragua	340
<i>Danny Ramírez-Ayérdiz (Universidad Politécnica de Nicaragua, Nicaragua)</i>	
Hidro vía Paraná-Paraguay ¿Las aguas bajan turbias? . .	391
<i>Daniel Cieza (UBA, Argentina)</i>	
Áreas naturales protegidas en el litoral argentino: un análisis comparativo de las regulaciones vigentes	410
<i>Sabrina Adamik (UCSF, Argentina)</i>	
<i>y M. Valeria Berros (UNL, Argentina)</i>	

SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO CUBANO 437

La protección a los terceros adquirentes de viviendas mediante compraventa en Cuba a través de los pronunciamientos del Tribunal Supremo Popular . . . 439

Suset Hernández Guzmán
(Universidad de La Habana, Cuba)

Los debates ideológicos sobre los poderes del juez civil en materia probatoria. Breves reflexiones sobre el modelo de juez cubano 484

Luis Alberto Hierro Sánchez
(Universidad de La Habana, Cuba)

Breve esbozo de la evolución histórica de las garantías de los derechos fundamentales en Cuba . . 520

Carlos Alberto Alejo Martínez
(Universidad de La Habana, Cuba)

La responsabilidad patrimonial del Estado. Panorama de su régimen jurídico en Cuba 548

Amed Ramírez Sánchez
(Universidad de La Habana, Cuba)

SECCIÓN ESPECIAL: PLURALISMO JURÍDICO, PUEBLOS Y ESTADOS 603

El derecho de los Pueblos indígenas al uso del propio idioma en sede judicial 605

Fernando Kosovsky (UBA, Argentina)

Autodeterminación y represión política en Catalunya. Referéndum, excepcionalidad penal y democratización 639

Clara Camps Calvet, Anna M^a Morero Beltrán y Elisabet Almeda Samaranch (Universitat de Barcelona, España)

Del principio de autoridad al autoritarismo penal.
Repensando las relaciones entre el Estado Español
y Catalunya. Entrevista a **August Gil Matamala** 678

*Clara Camps Calvet (Universitat de Barcelona,
España) e Ignasi Bernat Molina (Universidad
de Winchester, Reino Unido)*

SECCIÓN ESPECIAL: APÉNDICE LITERARIO 729

Carlos Hilbck

EDITORIAL

Damos la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al décimo noveno número de nuestra Revista Derechos en Acción, correspondiente a la estación otoño del año 2021, con las renovadas ganas de compartir con ustedes una serie de artículos académicos de excelencia seleccionados y revisados por profesores y especialistas que colaboran en el referato doble ciego que caracteriza nuestra publicación científica.

Con la finalidad de mejorar nuestro vínculo con la comunidad de ReDeA acabamos de lanzar una nueva página web en la que podrán encontrar los números publicados, información relevante para la remisión de artículos, las novedades y otras publicaciones en la que participa nuestra revista. Ya está disponible en el siguiente sitio web: www.revistaderechosenaccion.com.ar. Los/as esperamos!

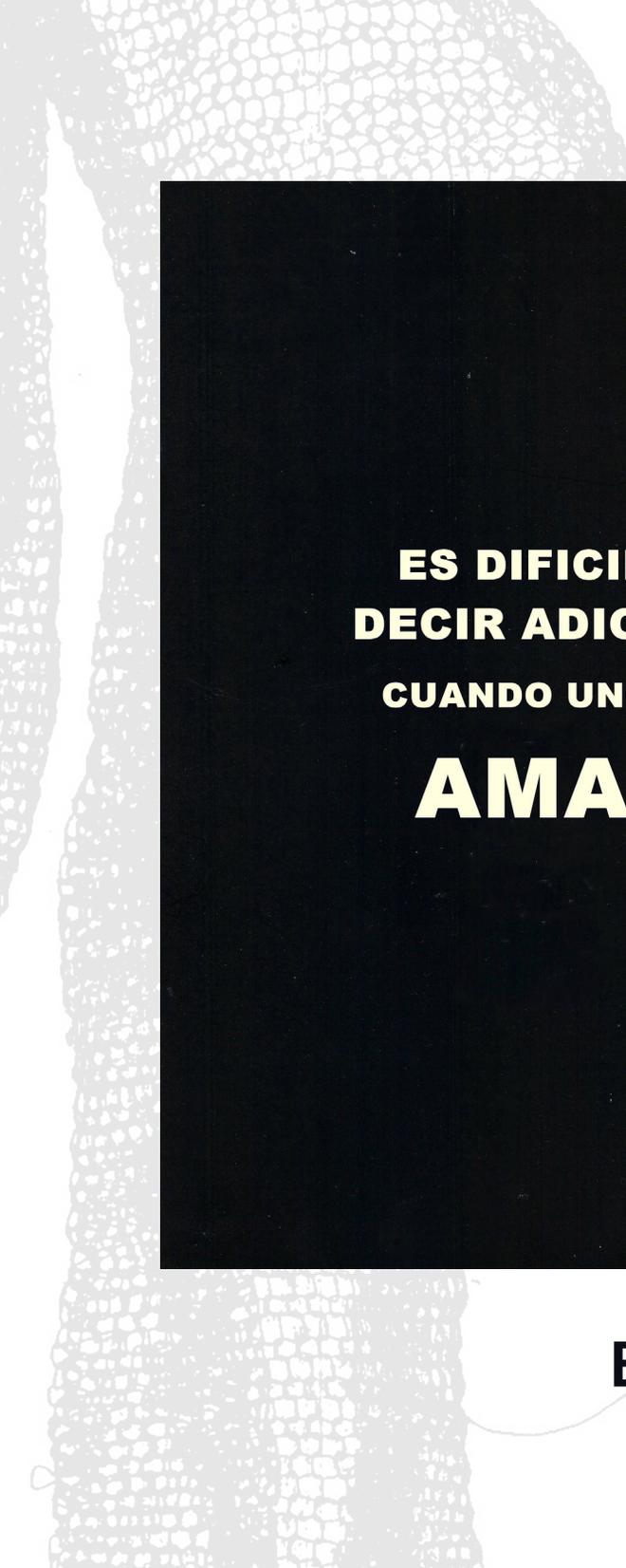
En cuanto a las indexaciones tenemos el gusto de compartir la noticia que fuimos incorporados en la Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología dependiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República Argentina, que brinda a los investigadores argentinos acceso, desde las instituciones habilitadas, a través de Internet al texto completo de 30.126 títulos de revistas científico-técnicas, 24.595 libros, 3.164 estándares, 29.802 conferencias y congresos, y a bases de datos referenciales de gran valor para la comunidad científica.

Asimismo, nos complace en comentarles que ReDeA ha publicado, en conjunto con la Editorial de la UNLP, su primer libro. Se trata del *Manual de Historia Constitucional Argentina (1492-2011)*, al que se puede acceder de manera libre en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/115096>. El mismo es el producto del esfuerzo colectivo de un grupo de docentes de

la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata que reúne en sus páginas un interesante recorrido histórico sobre los orígenes y la evolución de las instituciones de la República Argentina.

Los y las esperamos en la edición del número 20, que verá la luz al finalizar el invierno del 2021.

STAFF EDITORIAL

A large, light-colored, semi-transparent image of a plant stem's cross-section, showing a clear cellular structure with large, rounded cells in the cortex and smaller cells in the vascular bundles, is positioned on the left side of the page. It overlaps the black text box.

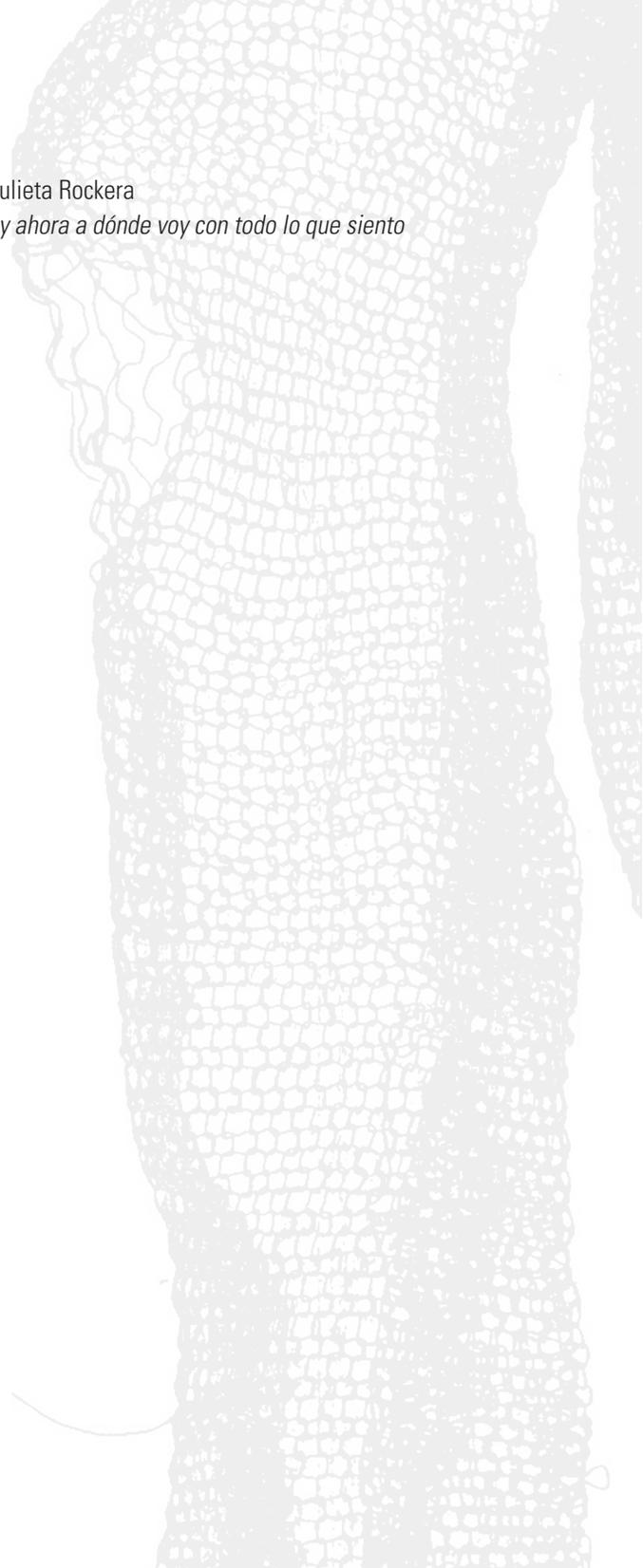
**ES DIFICIL
DECIR ADIOS
CUANDO UNO
AMA**

ENSAYOS

A solid black vertical bar is located in the bottom right corner of the page.

Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: ... y ahora a dónde voy con todo lo que siento



Contratos de participación público privada

Public-private participation contracts

Contratos de participação público-privada

Contrats de participation public-privé

公私参与合同

Leandro E. Ferreyra¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 23-83

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e510>

Recibido: 01/03/2021

Aprobado: 15/04/2021

Resumen: En este trabajo se realiza una descripción del régimen legal de los contratos de participación público privada (PPP). Asimismo, se presentan las características principales de los contratos PPP. Luego se analiza la programación presupuestaria de los proyectos bajo esa modalidad desde 2018 en adelante. También se abordan los problemas que sufrieron las iniciativas desde aquel año por las turbulencias económicas y financieras que atravesó el país, las que, a su vez, se usaron para justificar un nuevo e irregular préstamo con el Fondo Monetario Internacional (FMI). Las condiciones del FMI conllevaron recortes en el programa de obras, en particular sobre aquellas a consumarse con contratos PPP. De todas maneras, la fragilidad del plan PPP exhibió otras deficiencias de transparencia y sustentabilidad. Por último, se examinan

¹ Abogado, Magíster en Derecho administrativo, profesor de Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Email: leandroferreyra@derecho.uba.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1642-353X>).

Agradecimientos: a Raúl Gustavo Ferreyra, Carlos Balbín, Juan González Moras, Delfina Cavallini Viale, José Ignacio López y, especialmente, a José Luis Gioja.

los pocos contratos PPP que se celebraron para corredores viales y se desarrollan las razones de su final.

Palabras clave: Administración Pública - Contratos - Participación público privada - Presupuesto - Fondo Monetario Internacional - Corredores viales - Contratos PPP.

Abstract: In this work is made a description of the legal regime of public-private participation contracts (PPP). Likewise, the main characteristics of PPP contracts are presented. Then, the “budgetary programming” of projects under this modality from 2018 onwards is analyzed. It also addresses the problems that the initiatives suffered since that year due to the economic and financial turbulence that the country went through, which, in turn, were used to justify a new and irregular loan with the International Monetary Fund (IMF). IMF conditions led to cuts in the works program, particularly those to be carried out with PPP contracts. However, the fragility of the PPP plan exhibited other transparency and sustainability deficiencies. Finally, the few PPP contracts that were entered into for highway corridors are examined and the reasons for their termination are developed.

Keywords: Public Administration - Contracts - Public Private Participation - Budget - International Monetary Fund - Road corridors - PPP Contracts.

Resumo: Neste trabalho é feita uma descrição do regime jurídico dos contratos de participação público-privada (PPP). Da mesma forma, são apresentadas as principais características dos contratos PPP. Em seguida, é analisada a programação orçamentária dos projetos nesta modalidade a partir de 2018. Aborda também os problemas que as iniciativas sofreram desde aquele ano devido à turbulência econômica e financeira por que passou o país, que, por sua vez, serviram para justificar um novo e irregular empréstimo com o Fundo Monetário Internacional (FMI). As condições do FMI levaram a cortes no programa de obras, principalmente aquelas a serem realizadas com contratos PPP. No entanto, a fragilidade do plano PPP exibiu outras deficiências de transparência e sustentabilidade. Por fim, são examinados os poucos contratos PPP celebrados para corredores rodoviários e elaborados os motivos de sua extinção.

Palavras-chave: Administração Pública - Contratos - Participação Público Privada - Orçamento - Fundo Monetário Internacional - Corredores rodoviários - Contratos PPP.

Résumé: Dans cet article, une description du régime juridique des contrats de participation public-privé (PPP) est faite. De même, les principales caractéristiques des contrats PPP sont présentées. Ensuite, la programmation budgétaire des projets sous cette modalité à partir de 2018 est analysée. Il aborde également les problèmes que les initiatives ont souffert depuis cette année en raison des turbulences économiques et financières que le pays a traversées, qui, à leur tour, ont été utilisées pour justifier un nouveau prêt irrégulier auprès du Fonds monétaire international (FMI). Les conditions du FMI ont conduit à des coupes dans le programme de travaux, notamment ceux à réaliser avec des contrats PPP. Cependant, la fragilité du plan PPP présentait d'autres lacunes en matière de transparence et de durabilité. Enfin, les quelques contrats PPP qui ont été conclus pour les corridors routiers sont examinés et les raisons de leur résiliation sont développées.

Mot-clés: Administration publique - Contrats - Participation publique privée - Budget - Fonds monétaire international - Couloirs routiers - Contrats PPP.

摘要: 在这项工作中对公私参与合同的法律制度进行了描述。同样介绍了合同的主要特征然后分析了从2018年开始在这种模式下的项目预算规划。它还解决了该年以来由于该国经历的经济和金融动荡而遭受的倡议问题，这些动议又被用来为向国际货币基金组织-FMI-提供新的不定期贷款辩护。货币基金组织的条件导致了工作计划的削减，特别是与公私伙伴关系合同进行的削减。但是，购买力平价计划的脆弱性还表现出其他透明度和可持续性方面的缺陷。最后，检查了为公路走廊签订的几个PPP合同，并阐明了终止合同的原因。

关键字: 公共行政-合同-公共私人参与-预算-国际货币基金组织-公私参与合同

I. Introducción

En el año 2016 fue promulgada la ley 27.328 de contratos de participación público privada (PPP). Este régimen no fue el primero del ordenamiento jurídico argentino sobre la materia, pero sí el primero con esa jerarquía legal. El régimen se gestó

y promovió con auspiciosos augurios. Hoy en día, los contratos PPP enfrentan dudas terminales.

En esta obra se abordará la historia reciente de los contratos PPP, desde la sanción de la ley hasta la extinción de los pocos que fueron celebrados. El desarrollo intentará respetar el orden cronológico de eventos, sin perjuicio de algunas alteraciones que se introducirán para una mejor comprensión.

II. Contratos PPP - Antecedentes y preguntas iniciales

La Administración Pública Nacional cuenta con un régimen general de contrataciones públicas establecido por el decreto -delegado- 1023/2001. Asimismo, la Administración recurre a otros modos de contratación como la ley de obra pública (13.064) y la de concesiones de obras públicas (17.520), también conocida como “de peaje”.

Los antiguos números de las leyes de obras públicas y concesiones de obras públicas sugieren que la Administración lleva décadas sin necesitar modulaciones para esos regímenes. La experiencia no es tan contundente. Siempre existieron cuestionamientos y problemas vinculados a estos temas. No solo de índole jurídico, sino también económico y político. La Administración afecta e invierte recursos a través de contratos. Cuando la Administración se demuestra palmariamente deficiente, el instinto nos lleva a preguntarnos cómo dispuso, hizo y gastó para concretar la provisión de bienes y servicios. Y en materia de obras públicas, las erogaciones públicas son mayores y también lo son las irregularidades. Dentro de estas últimas, quedan incluidas las negligencias, los errores, los delitos y la total falta de razonabilidad del diseño institucional de políticas públicas sobre bienes y servicios.

En el año 2016 no resultaba difícil cuestionar el estado corriente de cosas y atacar a los regímenes vigentes. Al momento de pensar y proponer alternativas, alguien dio con los contratos PPP; de dispar suerte en otros países, cuestión que excede este trabajo. Nuestra historia nos enseña -con apabullante

claridad- que Argentina es única e irrepetible. Quien suponga que un injerto extranjero puede funcionar en este país quizás cometa un exceso de optimismo.

Así llegamos a la ley 27.328 de contratos PPP (ley PPP o ley de contratos PPP).

Anunciada como la panacea para la obra pública y promotora de la transparencia, conquistó al Congreso de la Nación y también se convirtió en ley a nivel provincial². Su presunta esencia: ser diferente a lo anterior. Su supuesto antídoto: repeler a todos los demás regímenes de Derecho administrativo. Su hipotético atractivo: una regulación difusa, que permitiría la concreción flexible de cada proyecto.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿los problemas de la Administración en materia de contrataciones hallaban como causa la deficiente regulación o la irregular aplicación de normas? ¿Que una ley sea especial debe implicar que no se apoye en otros regímenes similares? ¿Es razonable estipular en una ley que la Administración pueda recurrir a un modo de contratación para cualquier cosa cuando otro régimen define esos supuestos?³

Más allá de las posibles respuestas a estos interrogantes, hoy existe la ley de contratos de PPP.

III. La ley 27.328 y su reglamentación - Aspectos generales de los contratos PPP

¿Qué es un contrato PPP? El artículo 1 de la ley 27.328 establece:

“Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el

² Ley 14.920 de la Provincia de Buenos Aires, ley 3074 de Provincia del Neuquén y ley 8992 de la Provincia de Mendoza, entre otras.

³ Ya sea por objeto (por ejemplo, obras o suministros), o bien por cuantía (ver decreto 1030/2016, artículo 9).

artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer”.

A nivel institucional, en la página oficial de la Subsecretaría de Participación Público Privada se ha publicado la siguiente definición de contratos PPP:

“Los contratos de Participación Público-Privada (PPP) son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el Sector Público Nacional y sujetos privados o públicos con el objeto de desarrollar una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

Este tipo de contratos constituye una modalidad alternativa a los contratos de obra pública y concesión de obra pública, en la que existe una distribución de riesgos entre la autoridad contratante y el contratista, asumiendo este último la responsabilidad por la obtención de una parte sustancial del financiamiento del proyecto”⁴.

⁴ Sitio web de la Subsecretaría de Participación Pública Privada de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/preguntasfrecuentes>.

Quienes celebren contratos PPP serán casi los mismos órganos, entes y organismos que celebran contratos administrativos según el decreto 1023/2001. Incluso el artículo 1 de la ley 27.328 es más amplio, puesto que abarca a todo el Sector Público Nacional previsto por el artículo 8 de la ley 24.156, sin la limitación al inciso a (artículo 2 del decreto 1023/2001)⁵.

En la ley 27.328 se dispone que los contratos tendrán la “flexibilidad necesaria” para cada proyecto en particular. En otras palabras, a través de un contrato PPP la Administración podría celebrar contratos similares a los regulados en otros regímenes, sin restricciones -por ejemplo- en lo que hace al objeto⁶. En un contrato PPP se podrían mezclar objetos y modalidades de otras formas de contratación⁷. La ley exige, no obstante, que se precise que así -con un contrato PPP- se satisficaría el interés público. Lo que debería ser redundante en materia de

⁵ Susana Vega señala: “Pero además, el contratista PPP no solo puede ser un sujeto privado sino también público: incluso empresas o sociedades en las que el Estado nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tengan participación, actuando en igual marco de competencia y condiciones que el sector privado”. Ver: VEGA, Susana (2019). “Contrato de obra pública y contrato de participación público privada. Diferentes modalidades para hacer infraestructura” en revista La Ley, 13/6/2019.

⁶ Artículo 1, Anexo I, Decreto 118/2017 reglamentario de la ley 27.328: “El Ente Contratante podrá incluir en el Contrato PPP cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la Ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate. Podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley, los Proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con Contraprestación por Uso y/o con Contraprestación Pública”.

⁷ Comenta Gabriela Stortoni que el objeto de un contrato PPP “puede abarcar desde el diseño del proyecto, construcción de obra nueva, ampliación de existente, su mantenimiento, la explotación, operación y el financiamiento (Artículo 1). El régimen, que prima facie incorpora los posibles objetos previstos en la Ley 17.520, va a destacar la “flexibilidad” y con ello la posibilidad de utilizar diversas figuras contractuales y con variados alcances de los compromisos. Podrán ir, entonces, desde una concesión típica por peaje, con recupero de inversión directa del usuario; o el mismo sistema concesional con peaje sombra (esto es presupuesto); o pueden ser desarrollos más novedosos de contrataciones donde el privado desarrolle, construye, explote y luego de un tiempo determinado para el recupero de la inversión, entregue el bien al Estado, o lo explote como dueño con ganancias acotadas para sí, o comparta plus de ingresos con el Estado, etc”. Ver: STORTONI, Gabriela (2017). “Participación Público Privada en Argentina” en *Revista Vial*, n° 116.

funcionamiento estatal⁸. Pero en el artículo 13 inciso a de la ley 27.328 se determina que antes de efectuar la convocatoria a oferentes la autoridad convocante deberá emitir un dictamen en el tendrá que justificar:

“a) La factibilidad y justificación de la contratación mediante la celebración de un contrato de participación público-privada, previa intervención de la unidad de participación público-privada, exponiéndose las razones por las cuáles se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante el recurso a esta modalidad frente a otras alternativas contractuales disponibles”.

Este punto no es una cuestión menor, puesto que, por un lado, ya se ha indicado que los contratos PPP proponen una alternativa difusa -a concretar en cada caso- a regímenes específicos de contratos de la Administración.

Por otra parte, la ley de contratos PPP excluye expresamente la aplicación de las normas previstas en estos regímenes: ley 13.064, ley 17.520, decreto 1023/2001, el artículo 765 del Código Civil y Comercial⁹ y los artículos 7 y 10 de la ley 23.928¹⁰

⁸ Lo mismo refieren Héctor A. Mairal y Enrique V. Veramendi: “Al respecto, cabría preguntarse si es correcto o, incluso, posible que el Estado actúe fuera “de las funciones públicas que le competen”, o que en su actuación no persiga —de alguna manera directa o indirecta— necesidades públicas. Si se entiende que el Estado siempre actúa en ese marco, entonces la sola presencia del Estado como parte del contrato determinaría que sus consecuencias se rijan por el derecho público, lo que demuestra el carácter omnicomprensivo de la definición”. Ver: MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V. (2018). “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado” en revista *La Ley* 4/12/2018.

⁹ Artículo 765, Código Civil y Comercial: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

¹⁰ Artículo 7, ley 23.928: “... En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley...”.

Artículo 10, ley 23.928: “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación

(artículo 31, ley 27.328)¹¹. Y hay más exclusiones normativas¹² en el artículo 9 inciso p de la ley PPP, que consagra que todos los contratos de esta modalidad deberán fijar:

“Las causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago. En el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias. La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente”.

Ahora bien, esto no implica que no podrán aplicarse a contratos PPP soluciones similares a las previstas para contratos

por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de reposición de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios...”.

¹¹ En palabras de Héctor A. Mairal y Enrique V. Veramendi: “Así nació la Ley PPP para poner coto a las extravagancias de la teoría argentina del contrato administrativo, no de una manera general, como hubiera sido de desear, sino limitándolas sólo frente a quienes aceptan invertir en los proyectos comprendidos en esta normativa especial, que ha sido concebida como un régimen alternativo de contratación con el Estado, que excluye la aplicación del Régimen de Contrataciones y de la LRE y reconoce la pertinencia del recurso al derecho privado en forma supletoria y no meramente analógica”. También afirman que: “Las prerrogativas comprendidas en la teoría del contrato administrativo no tienen base o fundamento constitucional, por lo que nada impide al legislador excluir su aplicación o limitar su alcance, ya sea en forma general o en relación con cierta clase de contratos”. Ver: MAIRAL, Héctor A. – VERAMENDI, Enrique. V., *op. cit.*

¹² Ahora bien, sí existiría una diferencia -en lo que hace a exclusiones- en materia de servicios públicos: “En los casos en que los contratos de participación público-privada involucren la prestación de servicios públicos regidos por marcos regulatorios específicos, dichos marcos regulatorios resultarán de aplicación a la prestación de tales servicios” (artículo 2, segundo párrafo, ley 27.328).

administrativos, sino que deberán fijarse expresa y especialmente en cada contrato¹³. O incluso podrían determinarse -gracias a la “flexibilidad”- otras reglas¹⁴.

Otro aspecto relevante del régimen de contratos PPP consiste en las soluciones de controversias, ya que se prevén las alternativas de (1) paneles técnicos, (2) arbitraje y (3) prórroga de jurisdicción¹⁵. De hecho, a través del decreto 1039/2018 se aprobó la prórroga de jurisdicción para los contratos PPP incluidos en el Proyecto “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP – Etapa 1”¹⁶, sobre los que se volverá más abajo.

Y cabe subrayar otra nota distintiva de los contratos PPP: el riesgo y/u obligación de obtención de financiamiento a cargo

¹³ Juan Carlos Cassagne explica que para los contratos PPP “... se prescribe que todas las prerrogativas deben contemplarse en los pliegos y documentación contractual, lo que excluye la posibilidad de que la Administración utilice las llamadas prerrogativas implícitas o sobreentendidas, que, al no encontrar su andamiaje en el ordenamiento positivo, transgreden el principio de legalidad” Ver: CASSAGNE, Juan Carlos (2018). “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el “ius variandi” en revista *La Ley*, 23/4/2018. Y Ariel Cardaci Méndez indica que: “Con relación a los contratos de Participación Público-Privada (PPP) dichas facultades han sido morigeradas y como bien señala Perrino, ello, con la finalidad de dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes y solo podrán ser ejercidas cuando hayan sido expresamente establecidas en la norma y en la medida que estén expresamente contempladas en el respectivo contrato, eliminando de esa manera el “riesgo” de las prerrogativas implícitas antes aludidas”. Ver: CARDARCI MÉNDEZ, Ariel (2018). “Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos, con especial referencia al contrato de Participación Público Privada” en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 119.

¹⁴ Además, Juan González Moras indica que la ley de contratos PPP “... sí crea o establece un nuevo derecho real administrativo en el caso de los inmuebles del dominio público, ya que, en este supuesto, la Ley N° 27.328 viene a modular o excepcionar, aunque sea en parte, el régimen del art. 237 del Cód. Civ. y Com. en lo que hace a los caracteres del dominio público. De esta forma, este régimen especial crea, dentro de su ámbito de aplicación y para los inmuebles del dominio público del Estado que se afecten a los contratos de participación público-privada, un derecho real administrativo de superficie”. Ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M., “Derecho de las cosas y bienes públicos. Dominio público y privado del Estado. Recursos naturales. Bienes colectivos”, inédito.

¹⁵ Artículos 9, incisos w y x, 25, ley 27.328. La prórroga de jurisdicción para arbitraje solo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo y deberá ser informada al Congreso de la Nación.

¹⁶ Artículo 3, decreto 1039/2018.

del contratista¹⁷. Pese a que la ley 27.328 no lo consigna como regla general¹⁸, la carga de financiamiento de proyectos PPP recaerá sobre los contratistas y no sobre la autoridad contratante. Esto parece una contradicción regulatoria: lo relevante no se explicita. La cuestión merece esclarecerse, ya que por esto los contratos PPP nunca pudieron emerger. Y aquellos que se adjudicaron, no se pudieron ejecutar porque los contratistas no obtuvieron el financiamiento.

La ley 27.328 regula -con timidez- cuál de las partes del contrato debe conseguir el financiamiento en el artículo 9 inciso n al fijar que toda contratación PPP debe prever “la facultad de la contratante de prestar su cooperación para la obtención del financiamiento que resulte necesario para la ejecución del proyecto”. De lo que se deduce que quien contrata no financia ni se ocupa del financiamiento del proyecto¹⁹, sino que a lo sumo ayuda (“coopera”) al contratista a obtener el

¹⁷ Manuel Alderete asevera que: “El financiamiento privado es el corazón del contrato PPP, por lo que su estructuración exigió en los hechos una ingeniería jurídica y financiera extraordinariamente compleja”. Ver: ALDERETE, Manuel (2019). “Modificaciones al contrato de participación público-privada. El caso de la Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS)” en revista *La Ley*, 28/10/2019.

¹⁸ Susana Vega opina que: “Dado que el factor clave de distinción reposa en la diferente modalidad de financiación y estructura del negocio, las restantes diferencias se generan en muchos casos como consecuencia de esta diferenciación central, sin perjuicio de lo cual, en lo que hace a ciertos aspectos del régimen PPP, surge la reflexión sobre la conveniencia de eventualmente extender la regulación de algunos de estos aspectos al régimen de la obra pública en posibles normativas futuras a dictarse, más allá de las eventuales adaptaciones que pueda resultar necesario efectuar, en función de la distinta modalidad contractual”. Ver: VEGA, Susana, *op.cit.* Juan González Moras enseña que la razón de ser de los contratos PPP está vinculado al sistema de financiación de la ejecución de obras y desarrollo de los contratos por medios y sistemas diversos a los que tradicionalmente contemplan las normas de contratación administrativa. Ver: GONZÁLEZ MORAS, J. M., *op.cit.*

¹⁹ Una deducción parecida se podría extraer del artículo 10 de la ley 27.328: “En todos los casos de extinción anticipada del contrato por parte de la contratante, con carácter previo a la toma de posesión de los activos, se deberá abonar al contratista el monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimiento de determinación que al respecto se establezcan en la reglamentación y en la pertinente documentación contractual, la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada. Asimismo, en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado

financiamiento²⁰. Parece un juego de palabras, pero no lo es. Y esta es la principal razón del origen y fin de los contratos PPP.

Además, el decreto reglamentario de la ley PPP determina que:

“Podrán ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley, los Proyectos cuyo objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con Contraprestación por Uso y/o con Contraprestación Pública. Cuando el repago provenga de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, debe mediar financiamiento del Contratista PPP, de Entidades Financiadoras y/o de terceros, respecto de los pagos que deban realizarse bajo los Proyectos”²¹.

Allí se establece que si la Administración pagase una contraprestación en el marco de un contrato PPP, el financiamiento de lo realizado debería provenir de una fuente diferente al Tesoro Nacional o un fideicomiso público²². “Fuente de financiamiento” no coincidiría con “fuente de pago” en contratos PPP. O sea que la Administración no financiaría el contrato PPP en esos casos; es decir todos, salvo contrataciones con créditos externos, a los que casi seguro no se les aplicará esta ley²³.

al desarrollo del proyecto. Lo anterior no implica que el contratista no deba compensar los daños y perjuicios en beneficio del contratante que se hubieran previsto en el contrato”.

²⁰ Gabriela Stortoni, por su parte, expresa: “Esta modalidad se incorpora para establecer un reparto de riesgos más equitativo que las modalidades de obra pública o concesión, estricto sensu establecen. Por ende, es clave que cada parte asuma el riesgo que mejor puede cubrir. En esto el sector privado es clave, ya que se trata de que asuma más riesgos que los que normalmente contrae en los contratos públicos. Que termine la obra y luego la cobre en cánones periódicos, donde amortice la inversión, con una cuota referida a mantenimiento, sería una quimera”. Ver: STORTONI, Gabriela, *op. cit.*

²¹ Artículo 1, Anexo 1, decreto 118/2017.

²² Acerca de fideicomisos públicos consultar: BELLO KNOLL, Susy I. - CASTRO VIDELA, Santiago M. (2020). “El fideicomiso público. La necesidad de control específico para que sea una herramienta útil y transparente, Lejister” en *Revista de Contrataciones Públicas*, n° 4, diciembre 2020, IJ-MIII-877.

²³ Como tampoco el decreto 1023/2001, según el artículo 5 de ese régimen.

En el decreto reglamentario 118/2017 también se define “Entidad financiadora” como “cualquier persona que otorgue financiamiento al Contratista PPP o en relación con el Proyecto”.

Y en el artículo 9 inciso 9 del decreto 118/2017 se estipula:

“A los fines de estructurar el financiamiento del Proyecto, el Contratista PPP podrá contratar préstamos, emitir títulos de deuda con o sin oferta pública, constituir fideicomisos, financieros o no, que emitan títulos de deuda o certificados de participación, crear fondos comunes de inversión y/o cualquier otra estructura financiera susceptible de ser garantizada a través de la cesión de los Contratos PPP y/o de los derechos de crédito emergentes del Contrato PPP ... así como sus correspondientes garantías...”.

Asimismo, si la Administración pudiese financiar de forma directa un proyecto, recurriría a las alternativas típicas, como alguna de las excluidas para PPP, como la ley 13.064 o el decreto 1023/2001. O, tal vez, si no tuviese medios inmediatos para el financiamiento, a la concesión de obra pública. Por cierto, el artículo 7 de la ley 17.520 prevé un supuesto de financiación a cargo del contratista²⁴. Así, ni siquiera esta nota sobre el financiamiento sería propia de los contratos PPP. En todo caso, solo justificaría a los contratos PPP la reunión de todos los caracteres enunciados, a saber:

- flexibilidad, cuyo grado dependerá de lo que se precise en cada contrato;
- exclusión de normas típicas de Derecho administrativo²⁵;
- financiamiento a cargo del contratista.

²⁴ Artículo 7, ley 17.520: “En los casos en que las inversiones motivo de la concesión fuesen a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de éste, la concesión -además de prever los procedimientos de fijación y ajuste de tarifas- deberá contener las disposiciones que aseguren la amortización y servicio de las deudas y obligaciones a contraerse, así como la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultasen suficientes”.

²⁵ ¿Los contratos PPP serían contratos de la Administración pero no de Derecho administrativo? ¿Un contrato PPP estaría regido por Derecho público? Sobre las categorías referidas

IV. La ley de presupuesto para el ejercicio 2018 - Proyectos, el fideicomiso PPP y la deuda pública

La ley 27.328 fue sancionada en noviembre de 2016 y reglamentada en febrero de 2017. Por ende, no había previsión administrativa ni presupuestaria sobre contratos PPP para el ejercicio 2017. Pero llegaba el año 2018 y se enfrentó una necesidad: proyectar obras a través de contratos PPP.

Sin embargo, y como todos los años, a fines de 2017 se aprovechó la ocasión para agregar artículos en el proyecto de ley de presupuesto sobre otros temas. Por ejemplo, contratos PPP. Así fue que la ley de presupuesto 2018 (27.431) contó con un capítulo regulatorio y con algunas planillas (A y B, anexas a la ley) sobre estos contratos.

En cuanto a la nueva regulación introducida por esa ley, primero se creó el Fideicomiso PPP²⁶ y se fijó la posibilidad de crear fideicomisos individuales PPP, los que “se conformarán como fideicomisos de administración, financieros, de pago y de garantía”. Además, se estipuló la exención para los fideicomisos PPP “de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y a crearse en el futuro, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias”.

Asimismo, se incluyó esta regla en el artículo 60 de dicha ley:

“Las obligaciones y compromisos que asuman el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP y el Estado nacional con el Fideicomiso PPP y/o los Fideicomisos Individuales PPP, en relación con contratos o proyectos de participación público-privada celebrados o ejecutados de conformidad con los términos de la ley 27.328, **no serán**

-Derecho administrativo y Derecho público- se puede consultar: FERREYRA, Leandro E. (2017). *La regulación de la responsabilidad del Estado*. Ediar, Buenos Aires.

²⁶ Reglamentado por el decreto 153/2018.

considerados deuda pública en los términos del título III de la ley 24.156 y sus modificaciones”²⁷.

A su vez, el artículo 61 de la ley de presupuesto 2018 listó como beneficiario del fideicomiso de impuesto sobre el gasoil (decreto 976/2001) justamente a los fideicomisos PPP “para obras de infraestructura de transporte vial y ferroviaria en todo el territorio nacional”. Los artículos 64 y 67 hicieron algo similar con los fideicomisos del Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar (decreto 902/2012) y de tasa de infraestructura hídrica (decreto 1381/2001) y proyectos vinculados a esas áreas.

Y se sumarían más buenas noticias para los contratos PPP en esa misma ley de presupuesto 2018: se determinó en el artículo 74 que a las operaciones, certificados, valores negociables y títulos valores fiduciarios PPP no se les aplicaría la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Así, parecía que se alcanzaba la sustentabilidad de la propuesta. Habría recursos, las operaciones estarían separadas del Derecho administrativo y desgravadas y las emisiones no serían deuda pública. O eso se pretendió comunicar.

Sin embargo, ese presupuesto 2018 también incluyó planillas de “obras o adquisición de bienes y servicios” (anexa al artículo 11) y de “obras PPP” (anexa al artículo 59)²⁸. Las primeras contenían gastos equivalentes a -aproximadamente- 31 mil millones de pesos para el ejercicio 2018 y 85 mil millones de pesos para 2019. Por su parte, las planillas de obras PPP suponían erogaciones por cero pesos para 2018 y 2019. Ello se debe a que los títulos por los que se pagarían las obras PPP²⁹ recién se cancelarían a los dos años.

²⁷ El destacado me pertenece.

²⁸ Sitio web del Ministerio de Economía de la Nación: <https://www.economia.gov.ar/onp/presupuestos/2018>.

²⁹ La ejecución y avance de las obras se irían certificando, en el caso de los contratos PPP viales, por ejemplo, a través de “Títulos de Pago por Inversión” (TPI), emitidos en dólares.

Si se continuase con la comparación de esas planillas para ejercicios subsiguientes y el “resto”, se advertiría que la cuestión cambiaría. Para 2020 se preveían gastos de obras, bienes y servicios “tradicionales” por 132 mil millones de pesos y para el “resto” de ejercicios por 238 mil millones. El total previsto para gastos de obras, bienes y servicios de la planilla anexa al artículo 11 de la ley de presupuesto era de alrededor de 486 mil millones de pesos. Las erogaciones planificadas para proyectos bajo modalidad PPP fueron de 43 mil millones de pesos respecto al ejercicio 2020 y de 2 billones de pesos para el “resto” de ejercicios³⁰. Suma que, por cierto, se desagrega en esas planillas para los ejercicios 2021 a 2034 y que se aplicaría a 102 proyectos diferentes³¹.

En otras palabras, la previsión presupuestaria para obras a ejecutar con contratos PPP en 2018 era cinco veces más grande que para obras y adquisiciones “tradicionales” y se comprometerían recursos públicos por lo que en ese momento eran 114 mil millones de dólares³².

Es entonces un buen momento para recordar dos disposiciones de la ley de contratos PPP:

- artículo 4, inciso h: “En la oportunidad de estructurarse proyectos de participación público-privada y teniendo en consideración las circunstancias y características de cada

³⁰ \$2.140.997.795.068, el número exacto. A su vez, es pertinente señalar que la previsión presupuestaria no implica un compromiso de recursos públicos, lo que recién acaecería ante la licitación, adjudicación y ejecución de cada proyecto.

³¹ Por otro lado, esas planillas de obras por modalidad PPP sirvieron -como suele suceder- para cautivar el apoyo de gobernadores y legisladores que no son del mismo color político. Una vez caídas esas obras, también desapareció el afecto prestado.

³² Es decir que las proyecciones presupuestarias de contratos PPP equivalían a alrededor del 20% del PBI de Argentina 2017. Según los cálculos de Ricardo Carciofi, al 17%. Por cierto, Carciofi apuntó sobre los proyectos PPP del presupuesto 2018 que serían “... iniciados en el próximo bienio y cuya ejecución se completaría mayormente en un plazo de cinco años”. Ver: CARCIOFI, Ricardo (2018), “El Memorándum con el FMI y el ajuste de la inversión pública”, *En Alquimias Económicas*, 11/7/2018, disponible en: https://alquimiaseconomicas.com/2018/07/11/el-memorandum-con-el-fmi-y-el-ajuste-de-la-inversion-publica/#_ftn5.

proyecto, la contratante deberá: ... Incentivar la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyecto”.

- Artículo 6: “Las erogaciones y compromisos que se asuman en el marco de proyectos de participación público-privada deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas, en los términos de las leyes 24.156, 25.152 y demás legislación vigente.

El Poder Ejecutivo nacional deberá informar al Honorable Congreso de la Nación el impacto fiscal de los compromisos asumidos y deberá incorporar dichos impactos fiscales en las respectivas leyes de presupuesto, tanto en lo referente a los proyectos iniciados y no concluidos como los adjudicados pero no comenzados”.

¡Cuánta solidaridad intergeneracional mostraba el presupuesto 2018 en materia de obras a realizarse por contratos PPP! Casi tanta como la que se consumió pocos meses después al comprometer al país con el Fondo Monetario Internacional (FMI) por un empréstito de más de 50 mil millones de dólares sin aprobación del Congreso de la Nación.

¡Cuánta responsabilidad fiscal tenían esas proyecciones presupuestarias por miles de millones de dólares! Casi tanta como la que invocó a los pocos meses el Poder Ejecutivo de la Nación para defender el préstamo contraído con el FMI.

Se llega, además, a la paradoja PPP: el Estado contrataría a través de esta modalidad por billones de pesos -o miles de millones de dólares- sin que eso sea deuda pública “en los términos de la ley 24.156” (artículo 60 de la ley 27.431, citado más arriba), pese a que las contraprestaciones se pagarían a través de títulos³³. De hecho, no se contabilizarían como gastos hasta 2020, ya que recién ese año operarían las primeras

³³ Encima de títulos denominados en moneda extranjera para los pocos contratos PPP que se llegaron a celebrar.

cancelaciones de aquellos títulos. Y la paradoja tendría un complemento: las obras involucradas en esos contratos las ejecutarían contratistas con un financiamiento particular que -al fin y al cabo- dependería del estado económico-financiero de la Nación; medido, por ejemplo, a través del índice “riesgo país”.

Así las cosas, los contratos PPP se pagarían con títulos que no serían deuda pública (pero sí, eventualmente, gasto público por billones de pesos o miles de millones de dólares) y el financiamiento privado respondería a la salud que el mercado de capitales estimare para la emisión de deuda pública.

V. Turbulencias del año 2018: los contratos PPP en jaque

En 2018 pasaron muchas cosas en Argentina. Se había regresado al mercado internacional de crédito después de varios años, pero, de repente, el esquema se resquebrajó. Sequía, errores macroeconómicos, demasiada emisión de deuda, un contexto internacional adverso, una sobrereacción de los socios financieros, entre otros, son algunos de los componentes de la bomba que destruyó el estado económico-financiero de Argentina en 2018. O bien “turbulencias”, como las denominó el entonces Presidente Mauricio Macri. Cualquiera sea la razón, lo cierto es que el modelo económico adoptado por aquella conducción política quedó muy condicionado, o acaso aniquilado.

Las previsiones presupuestarias para 2018 y los ejercicios subsiguientes también acusaron el golpe. En rigor, las previsiones habían sido fulminadas en una conferencia de prensa del 28 de diciembre de 2017 por integrantes del Gabinete. Pero en Argentina ya no sorprende que una ley de presupuesto sea desarmada por el propio el Gobierno a pocos días de su sanción.

Para resistir a las turbulencias Argentina solicitó en 2018 un salvataje financiero al FMI. El crédito se otorgó según la modalidad “stand-by” y ascendió a 57.100 millones de

dólares³⁴. En junio el FMI aprobó un acuerdo a favor de Argentina por 50 mil millones y en septiembre³⁵ tuvo que aprobar una ampliación por el resto para que su deudor no colapsare al corto plazo.

El Poder Ejecutivo, apoyado en el artículo 60 de la ley de Administración financiera (24.156), celebró un acuerdo con el FMI sin intervención del Congreso de la Nación. Dicho artículo prescribe en sus partes pertinentes que:

“Las entidades de la administración nacional no podrán formalizar ninguna operación de crédito público que no esté contemplada en la ley de presupuesto general del año respectivo o en una ley específica...Se exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas precedentemente en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte”³⁶.

Sin embargo, la ley 24.156 es previa a la reforma constitucional de 1994. En la disposición transitoria octava del texto constitucional aprobado en aquel año se estableció que las legislación delegada quedaría sujeta a un plazo de caducidad de cinco años³⁷. Dicho plazo se extendió sucesivamente pero

³⁴ Información oficial provista por el FMI sobre el primer acuerdo en junio de 2018: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/06/20/pr18245-argentina-imf-executive-board-approves-us50-billion-stand-by-arrangement>.

³⁵ Información oficial provista por el FMI sobre el segundo acuerdo en septiembre de 2018: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/09/26/pr18362-argentina-imf-and-argentina-authorities-reach-staff-level-agreement>.

³⁶ Esta disposición legal es una excepción a las atribuciones constitucionales del Congreso de la Nación previstas en el artículo 75 inciso 4, 7 y 8: “4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación. 7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación. 8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

³⁷ Disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, texto de 1994: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los

la caducidad operó en agosto 2010³⁸. Por lo que la delegación prevista por el artículo 60 de la ley 24.156 no se podría aplicar. Ni se debía aplicar en 2018.

Asimismo, la operación de crédito con el FMI contó con más irregularidades. En el caso “Codianni”³⁹, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ordenó al Estado Nacional que provea la información pública que le fue solicitada en lo concerniente a los antecedentes y demás documentación sobre la operación crediticia⁴⁰. A partir del material que se pudo obtener y del que no existe, se determinó, entre otros puntos, que:

- el primer expediente sobre el préstamo fue creado en el Ministerio de Hacienda nueve días después de la firma de la primera Carta de Intención para solicitar el crédito (del 12/6/2018).
- No hay constancia de dictamen jurídico previo para firma de dicha Carta.
- No hay constancia del dictamen previo del Banco Central de la República Argentina sobre el impacto del crédito, lo que es exigido por el artículo 61 de la ley 24.156⁴¹.

cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

³⁸ Ante el inminente vencimiento de dicho plazo de cinco años, en 1999 se dictó la ley 25.148 que ratificó de forma genérica todas las delegaciones previas a 1994 y las prorrogó por tres años. Mismo objeto, aunque distintos plazos, tuvieron las leyes 25.645 (2002), 25.918 (2004), 26.135 (2006) y 26.519 (2009). Esta última ley dispuso un plazo más de vigencia de un año desde el 24 de agosto de 2009 (artículo 1) que nunca más fue renovado por otra ley. Para más detalle sobre vigencia de las delegaciones previas a 1994 ver: FERREYRA, Leandro E (2017), “Las retenciones y el principio de legalidad en materia tributaria” en *DPI, Diario Tributario, Aduanero y Financiero n° 179, fecha 1/11/2017*, disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/10/Ferreyra-Tributario-1.11.pdf>.

³⁹ “Codianni, Eduardo Julio c/ EN s/Amparo Ley 16.986”, expediente n° 7651/2019, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

⁴⁰ Para más información consultar <https://fmiargentina.com/caso-codianni>.

⁴¹ Artículo 61, ley 24.156: “En los casos que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos”.

- No se habría suscripto acuerdo alguno, sino solo emitido esa Carta de Intención.

- No hubo acto administrativo ni informe técnico previo a aquella Carta⁴².

Más allá de esos vicios, el crédito del FMI afectó a los proyectos PPP. En la primera Carta de Intención y en otra documentación oficial se asentó que Argentina debería hacer un “esfuerzo fiscal”⁴³, que era un eufemismo para reducción de gastos por casi un 1,5% del PBI para 2018 y de 3,7% hasta 2020 inclusive. Aquella carta llevaba un documento anexo denominado “Memorándum de políticas económicas y financieras”⁴⁴. Allí se expresaba que:

- “estamos comprometidos a llevar adelante un manejo proactivo de la deuda para extender los vencimientos de los títulos, optimizar el costo de nuestros pasivos y aumentar el porcentaje de la deuda pública nacional denominada en pesos”.

- “Reduciremos el gasto en compras de otros bienes y la adquisición de servicios por parte del gobierno nacional un 15 % en términos reales durante 2018 en relación con el gasto de 2017 y continuaremos con dicho proceso en 2019”.

- “Continuaremos con la ejecución de los proyectos de obra pública esenciales para promover la competitividad del país, pospondremos aquellos que no lo sean”.

En 2018 se estimó que el programa fiscal acordado con el FMI supondría un recorte del 80% de la inversión pública total para el año 2020⁴⁵.

⁴² Ver: <https://fmiargentina.com/introduccion>.

⁴³ “Acuerdo Argentina-FMI”, presentación del Ministerio de Hacienda y Presidencia de la Nación de junio de 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/acuerdo_argentina-fmi-final1.pdf.

⁴⁴ Disponible en: 1) <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/deudapublica/cartadeintencionmemorandumdepolicaseconomicas>; 2) <https://fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/05/2018-06-12-carta-y-memos-1er-crc3a9dito.pdf>.

⁴⁵ “En síntesis, el programa fiscal acordado con el FMI supone un recorte de la inversión pública del gobierno nacional de 50% por año en términos reales durante el trienio del stand by.

Asimismo, en aquella Carta de Intención de junio de 2018 se incluyó un apartado titulado “Memorándum de entendimiento técnico”. Allí apareció una pauta sobre cómo deberían considerarse a las emisiones y gastos vinculados a proyectos PPP:

“Las asociaciones de participación público-privada (PPP) financiadas por el Gobierno serán tratadas como adquisiciones públicas tradicionales. Las obligaciones del Gobierno nacional asociadas con las participaciones público-privadas se registrarán de forma transparente en las cuentas fiscales y se medirán como parte del déficit del Gobierno nacional a medida que se produzcan (método en base caja)”.

El préstamo con el FMI se contrajo pese a la Constitución y a la ley. Pero por el FMI los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de contratos PPP deberían registrarse de forma un poco más “transparente” en cuentas fiscales. Así, era difícil confiar en el cumplimiento de esa pauta.

De hecho, ese Memorándum lo redactó el propio Gobierno⁴⁶ que sostenía esos contratos, por eso no regaló más detalles sobre cómo se consumiría la transparencia. Por cierto, la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación -en su informe n° 118 enviado al Congreso de la Nación en 2019⁴⁷- afirmó que las obligaciones vinculadas a los contratos PPP, primero, seguirían sin considerarse deuda pública y que ello no supondría contradicción alguna con lo consignado en el Memorándum. Segundo,

En el caso de 2018, se presenta la dificultad adicional de instrumentar el ajuste en los seis meses de la segunda mitad del año. Es más, si se compara el comienzo con el fin del programa, la inversión prevista para 2018 de 2,5 % del PBI, incluyendo PIP y PPP, se reduciría en 2020 a 0,3 % del PBI -es decir, 12% del nivel inicial. Este valor es un mínimo histórico y levanta la pregunta cómo habrá de mantenerse un mínimo nivel de calidad de los servicios de infraestructura. Esta meta del MPEF parece alejada de planteo oficial de la inversión como una prioridad del Estado Nacional postulado en el Presupuesto del corriente año”. Ver: CARCIOFI, Ricardo, *op.cit.*

⁴⁶ No se puede imputar al Poder Ejecutivo por completo la Carta de Intención, pues llevó la firma solamente del Ministro de Economía, Nicolás Dujovne, y del Presidente del Banco Central, Federico Sturzenegger.

⁴⁷ Disponible aquí: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/informes-al-congreso>. Para información sobre “Inversiones de PPP” ver páginas 256 y subsiguientes.

que el “repago” de la inversión de proyectos PPP ya adjudicados estaba programado a partir de 2020, por lo que “no está previsto para el ejercicio 2019 afectar recursos del Estado Nacional”.

A pesar de ello, estaba claro que no existía semejante armonía en lo concerniente a los recursos públicos en el marco de contratos PPP y que las emisiones de títulos de pago siempre fueron y debieron ser considerados deuda pública -ya sea directa o indirecta- en los términos de la ley 24.156⁴⁸.

Volviendo a 2018, en aquel año se provocó una tormenta para los contratos PPP por dos razones: 1) el aumento del riesgo país, que pasó de 350 puntos a 850 entre enero y diciembre de 2018; y 2) la causa judicial de “las fotocopias de los cuadernos”, o de “los cuadernos”, en la que quedaron involucrados por delitos de corrupción personas eran dueñas, representantes o socias de varias de las empresas a las que se les adjudicaron los contratos PPP viales.

¿Por qué el aumento del riesgo país fue crítico para los contratos PPP? Porque los contratos entonces previstos (los PPP viales y los próximos) dependerían del “cierre financiero” que aportase cada contratista. Repasemos la gracia de los PPP: supondrían gasto (por emisión de títulos) que no sería deuda,

⁴⁸ Por su parte, la Oficina de Presupuesto del Congreso (OPC) ha indicado que: “El marco normativo vigente determina que los Títulos por Inversión (TPI) que emite el Fideicomiso PPP RARS como contraprestación de la construcción realizada por los contratistas no son legalmente considerados como deuda pública. No obstante, hay determinadas características de los TPI que los asemejan conceptualmente a un bono soberano. Los TPI constituyen un pasivo irrevocable del Fideicomiso PPP, que es un ente del Sector Público no Financiero (SPNF). Su repago, que no está condicionado a la finalización o desempeño del proyecto, se realizará principalmente con fondos originados en tributos nacionales (impuesto a los combustibles) y, en caso de que estos no llegaran a ser suficientes, será en última instancia cubierto con aportes del Tesoro. Es decir que su amortización constituye una necesidad financiera para el SPNF...Por otra parte, aunque no sean legalmente considerados como deuda pública, las mejores prácticas internacionales recomiendan que los compromisos fiscales derivados de los proyectos PPP sean reportados y analizados junto con las estadísticas de deuda pública, de manera de incrementar la transparencia en relación a los pasivos del sector público”. Ver: Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, 2018, p. 29-30, disponible en <https://www.opc.gob.ar/categoria/otras-publicaciones>. Asimismo, ver artículos 56, 57 y 58 de la ley 24.156.

aquel sería paulatino y a concretarse a varios años, siempre y cuando el contratista ejecutare efectivamente las obras previstas. Si los contratistas no obtuvieran el financiamiento, no podrían cumplir con el “cierre financiero”, no habría inversiones y mucho menos obras ejecutadas.

En junio de 2018, mismo mes en el que el FMI prestaba 50 mil millones de dólares, la Dirección Nacional de Vialidad (DNV) dictó la resolución 1126⁴⁹ por la que dispuso la adjudicación de seis corredores viales bajo modalidad PPP. La causa de “las fotocopias de los cuadernos” se viralizó en agosto de ese año. Todo aquello, sumado a la frágil situación económica-financiera del Estado Nacional y del país, hizo que arreciara la tempestad sobre los contratos PPP adjudicados.

Dado que el financiamiento privado parecía imposible, se comenzaron a analizar alternativas para que continuasen de alguna forma. Por ejemplo, se consideró que el Estado Nacional crease un fideicomiso para financiar -no para pagar, para eso ya existían otros fideicomisos- a los contratistas, pese a que así se desnaturalizaba por completo a la modalidad PPP. Además, se barajó que el fideicomiso estuviese compuesto por los fondos integrados por los adjudicatarios como garantías, o bien por recursos aportados por el Banco Nación. Esto fue publicado, entre otros medios, por el diario La Nación⁵⁰, en el que semanas antes se destapaba como primicia el asunto de “los cuadernos”. En paralelo, esto causaba escozor entre los propios periodistas de aquel medio, como Hugo Alconada Mon, quien resumió la cuestión de manera elocuente: “De los PPP a los PPPPP (Plata Pública Protege a Privados Prebendarios)”⁵¹.

⁴⁹ Resolución 1126/2018, 18/7/2018, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/185946/20180619>.

⁵⁰ *Lanzan medidas para blindar la obra pública en medio del escándalo de los cuadernos*, Diario La Nación, 29/8/2018, firmada por Sofía Diamante, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/ppp-nid2166135>.

⁵¹ 29/8/2018. Ver: <https://twitter.com/halconada/status/1034778084069789698?s=20>.

VI. Las iniciativas PPP – Todo lo que no fue

Como se aludió anteriormente, el proyecto de presupuesto para el 2018 contenía previsiones para más de un centenar de obras a realizarse por contratos PPP. En la página de internet de la Subsecretaría de Participación público privada⁵² aún se pueden encontrar los vestigios de esas iniciativas y de otras contenidas en el presupuesto para el ejercicio 2019⁵³ y en el proyecto de ley para 2020. Salvo los contratos PPP viales, el resto quedó en eso: anuncios, señuelos y promesas.

La Subsecretaría todavía⁵⁴ publica y clasifica las iniciativas PPP en cuatro categorías: 1) Energía y minería; 2) Transporte, comunicación y tecnología; 3) Agua, saneamiento y vivienda; y 4) Educación, salud, justicia y defensa. Las hay -hubo- de todo tipo, aunque se destacan por cantidad las de transporte y viales. Por mi parte, aprovecho para destacar mi favorita: la ampliación de la Base Antártica Petrel por 55 millones de dólares⁵⁵. Además, no aparece en las planillas anexas al presupuesto 2018 ni 2019 sino en el proyecto de ley de presupuesto para el ejercicio 2020 que nunca se aprobó, lo que solo la hace más fascinante.

De todas maneras, en la planilla de obras PPP del presupuesto 2018 también aparecen tres complejos penitenciarios, siete hospitales, siete plantas depuradoras, la Red de Expresos

⁵² Se reitera el vínculo: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/evaluacion-presupuestaria/ppp>.

⁵³ En el presupuesto para el ejercicio 2019 se preveían más de 80 proyectos por modalidad PPP por más de 70 mil millones de dólares.

Ver: <https://www.economia.gob.ar/onp/presupuestos/2019>. Aunque según el Ministerio de Hacienda reportarían “US\$ 38.000 MM de inversión”. Ver presentación del Ministro de Transporte Guillermo Dietrich en fecha 9/10/2018 disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbscppp/Presentaciones/PresentacionMinistrodeTransporteGuillermoDietrich9-10-2018.pdf>.

⁵⁴ AI 25/1/2021.

⁵⁵ Ver: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/energia-y-mineria/educacion-salud-y-justicia>. La planilla anexa al proyecto de presupuesto para el ejercicio 2020 que preveía esta iniciativa se puede consultar aquí: <https://www.economia.gob.ar/onp/presupuestos/2020>.

Regionales (RER)⁵⁶, un parque eólico, una línea ferroviaria que conectaría Añelo con Bahía Blanca⁵⁷, siete líneas de alta tensión, cinco acueductos, entre otros. A lo que hay que añadir otras obras previstas en el presupuesto 2019 y en el proyecto de presupuesto 2020. Qué lástima ese país faraónico que no fue.

Para cerrar este apartado se comenta que una iniciativa de construcción línea de alta tensión sí avanzó con su trámite⁵⁸. Se trata de la línea que iba a vincular Río Diamante, Provincia de Mendoza, con Charlone, Provincia de Buenos Aires. En marzo de 2019 se llamó a licitación pública, pero en noviembre se postergó la fecha de cierre. Con cambio de gestión de por medio, en marzo de 2020 el Ministerio de Desarrollo Productivo dispuso dejar sin efecto el llamado. Entre las razones que motivaron dicha decisión se hallan: 1) que la obra referida no representaría un ahorro para los usuario, quienes, a fin de cuentas, pagarían el costo del proyecto; 2) que en la actualidad no hay acceso al crédito a tasas razonables; y 3) que se atraviesa en un estado de emergencia económica, financiera y energética declarado por la ley 27.541⁵⁹.

VII. El control del Congreso de la Nación

La ley 27.328 de contratos PPP dispuso en su artículo 30 la creación de la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada (en adelante, la Comisión), integrada por siete senadores y siete diputados de la Nación. Tiene como misión efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos PPP y el cumplimiento del régimen.

⁵⁶ Aunque por estos días aparece publicitada como un proyecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver: <https://www.buenosaires.gob.ar/rer>.

⁵⁷ Añelo, Provincia del Neuquén, un centro operativo del yacimiento Vaca Muerta – Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, puerto estratégico.

⁵⁸ Aquí se puede consultar toda la documentación relacionada con este proyecto: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/energia-y-mineria/documentacion-te-e1>.

⁵⁹ Resolución n° 124/2020, Ministerio de Desarrollo Productivo. Disponible aquí: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/reso_124_mdp.pdf.

A esos fines, la ley prevé que la Comisión cuente con acceso a la documentación, incluidos los contratos que se suscriban sin que se le puedan oponer cláusulas de confidencialidad.

Esta Comisión formuló dos pedidos de informes a la Subsecretaría PPP en 2018. El primer informe se solicitó en junio de 2018 (pocos días después de la resolución que adjudicó los contratos PPP viales) y el segundo, en noviembre de 2018. Tanto los requerimientos como sus respuestas pueden consultarse en la página oficial de la Comisión⁶⁰.

Del primer informe aportado por la Subsecretaría a la Comisión se pueden destacar varios puntos.

En primer lugar, se afirmaba que los fondos provenientes del fideicomiso al que se afecta la recaudación del impuesto al gasoil (decreto 976/01, referido más arriba) “no sólo alcanzarán para el repago de las obligaciones económicas resultantes del Contrato PPP sino que quedará un “remanente” y que “eventualmente, sólo en la medida en que fuere necesario” se acudiría a “aportes contingentes” presupuestarios⁶¹.

En segundo lugar, se señalaba que el costo financiero “es afrontado por el Contratista PPP, quien es el que debe decidir cuál es el máximo costo financiero que aceptará”.

⁶⁰ Ver: https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/especiales/cbscppp/requerimientos_de_informacion.

⁶¹ Por cierto, el decreto 301/2018 estableció en su artículo 2 nuevas pautas de distribución de lo recaudado y afectado al Fideicomiso del decreto 976/01. En el artículo 3 se determinó destinar “los fondos con cargo al Sistema Vial Integrado (SISVIAL) al Fideicomiso Individual PPP que se constituya conforme lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 27.431 para el Programa Red de Autopistas y Rutas Seguras (RARS) con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas de conformidad con lo establecido en el artículo 23, inciso g) del Decreto N° 976/01, sus normas modificatorias, concordantes y complementarias. Asimismo, se destinarán, a los fines establecidos en los incisos h) e i) del artículo 23 del Decreto N° 976/01 y sus modificatorios, los fondos excedentes luego de asegurados los compromisos asumidos y/o pendientes con cargo al Fideicomiso de Participación Público Privada, instrumentado por el Decreto N° 153 del 23 de febrero de 2018, y el Contrato de “Fideicomiso Individual PPP Red De Autopistas Y Rutas Seguras”, manteniendo en uno coma cero cinco (1,05) veces las obligaciones de pago del mismo, del monto de reserva TPI Requerido, del monto de reserva TPI Variable Requerido y del monto de reserva TPD Requerido, así como de las obligaciones pendientes y liquidaciones finales de los Contratos PPP extintos”.

En tercer lugar, respecto a los contratos PPP viales se indicó que se eligió esa modalidad contractual -y no otra- porque permitiría concretar obras al corto plazo pese a “la escasez o insuficiencia de recursos estatales disponibles” y “sin afectar el presupuesto público”.

Por otro lado, se consultó a la Subsecretaría PPP si respecto a los contratos viales “se realizó una evaluación de costos, riesgos y beneficios previa para descartar la modalidad de contratación clásica de obra pública”. Y se respondió que, con el fin de evaluar si la modalidad PPP resultaría o no más conveniente que la de “obra pública tradicional”⁶², se utilizó una metodología de análisis de “Valor por dinero” (VpD). Dicho examen arrojó como resultado “que la modalidad de ejecución más eficiente y efectiva para el desarrollo del proyecto es mediante el modelo PPP”. Además, el estudio contó con un panel de diez expertos. Lamentablemente ninguno expresó⁶³ que la comparación debía hacerse entre PPP y concesión de obra pública (ley 17.520) y no entre PPP y obra pública (ley 13.064), ya que esos contratos PPP viales eran mucho más parecidos a una concesión que a una obra pública.

Cabe agregar que la Subsecretaría PPP informó que en caso de afrontarse la obra con recursos públicos el proyecto habría iniciado en el 2023 “con los costos sociales que la demora del proyecto genera”. ¿Por qué al 2023? No se sabe, debió tratarse de una fecha arbitraria. De todos modos, al 2021 esos proyectos PPP no se ejecutaron, por lo que el costo social de los contratos PPP viales fue a todas luces muy alto. Por otra parte, si se considerase que las obras viales están ligadas a la seguridad, a eso habría que añadirle un costo humano.

La Comisión se reunió en cinco ocasiones. O en tres (todas en 2018) si se descontase la reunión constitutiva y la de 2019

⁶² Por otro lado, en el segundo informe presentado por la Subsecretaría PPP a la Comisión a en enero directamente explicitó que en análisis comparativo se hacía en términos de “PPP vs. Obra pública”.

⁶³ O no constó, o así no lo expresó la Subsecretaría PPP en ese informe.

(única de ese año) que fue solo informativa, pues no se contó con quórum. En la reunión del 9 de octubre de 2018 se dio cumplimiento a la última parte del artículo 30 de la ley de contratos PPP, que estipula que el titular de la unidad PPP debe concurrir una vez por año a la Comisión a brindar un informe sobre el estado de ejecución de contratos en curso y respecto a proyectos previstos para los próximos dos ejercicios presupuestarios. Pese a que aquel funcionario estuvo presente en la reunión, la presentación principal estuvo a cargo del entonces Ministro de Transporte de la Nación, Guillermo Dietrich.

El Ministro expuso durante varios minutos. Tanto las diapositivas⁶⁴ como la versión taquigráfica⁶⁵ se pueden consultar en internet. De la presentación se destaca, primero, que los contratos PPP viales, etapa 1, están enmarcados “en el Plan de Infraestructura y Transporte”. Aunque corresponde aclarar que la diapositiva en cuestión afirmaba que se trataba del plan “más ambicioso de la historia del país”.

El Ministro también dijo que la modalidad PPP ha sido una de las “más exitosas para desarrollar infraestructura en muchísimos países del mundo” y que “se cumplen mejor los plazos que en los sistemas de obra pública tradicional”. Afirmó que los contratos PPP viales (seis corredores) de la etapa 1 ya estaban suscriptos (se firmaron el 31/7/2018) y que se esperaba que prontamente comenzase la ejecución de las obras. Nota reveladora: técnicamente nunca comenzaron. Además, Dietrich anunció la segunda etapa de contratos PPP viales, que abarcaría diez corredores más por una extensión de más de dos mil kilómetros.

A continuación, tuvo la palabra José Luis Morea, titular de la Subsecretaría PPP quien explicó el esquema de los contratos PPP viales (a repasarse más abajo) y señaló que el financiamiento al corto plazo estaba comprometido por “la llamada

⁶⁴ Ver: <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbscppp/Presentaciones/PresentacionMinistrodeTransporteGuillermoDietrich9-10-2018.pdf>.

⁶⁵ Ver: <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbscppp/reuniones/vt/VTBic.-Seguimiento-de-Contratos-dePPP.pdf>.

causa de los cuadernos”. No obstante, anunció que se crearía un nuevo fideicomiso individual especialmente dedicado a “canalizar estos recursos que hoy están trabados en la banca local e internacional”. Así, Morea confirmó lo que hasta el momento era especulación periodística: los contratos PPP que serían financiados por privados finalmente serían financiados por el Estado⁶⁶. Pero eso no es lo más curioso, sino que Morea justificó la medida en nombre de la integridad y la transparencia.

Más adelante, el Senador Carlos Caserio le preguntó al Ministro qué pasaría con los contratos PPP viales adjudicados ante el aumento reciente del “riesgo país” (por esos días apenas arriba de los 600 puntos), puesto que de ese índice dependía el financiamiento de los proyectos. El Ministro respondió: “Claramente, en el entorno de riesgo país en el que estuvimos semanas anteriores no hay una colocación posible, por lo tanto, hacer un número ahí es hacer fantasía porque en ese entorno, el mercado no financia estas colocaciones. Pero sí hemos dado un plazo suficiente previendo que siempre puede haber un acontecimiento, de forma tal que hay tiempo más que suficiente para esta colocación”. Ese tiempo era un plazo de doce meses, que fue prorrogado en 2019 cuando el riesgo país superaba los 2000 puntos y que venció en noviembre de 2020.

Por otro lado, la Comisión suscribió un acuerdo de cooperación⁶⁷ con la Oficina de Presupuesto del Congreso (OPC), órgano desconcentrado y técnico creado por ley 27.343. La OPC elaboró dos informes acerca de los contratos PPP⁶⁸, uno en

⁶⁶ A su vez, en dicha reunión se fundamentó la medida en los artículos 4 y 9 de la ley 27.328. Sin embargo, allí se alude a “facilitar el acceso al mercado de capitales” (artículo 4 inciso j) y a “facilitar las condiciones de su financiamiento” (artículo 9 inciso b). ¿Facilitar el acceso y/o las condiciones implican proveer el financiamiento? Parecería que no. De todos modos, el artículo 60 de la ley 27.467 (presupuesto 2019) creó el “Fideicomiso Marco de Asistencia Financiera para la Obra Pública Argentina”.

⁶⁷ Ver: <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbscppp/documentacion/ConvenioMarcoCBPSCPPPyOPC.pdf>.

⁶⁸ Ambos disponibles aquí: <https://www.opc.gob.ar/categoria/otras-publicaciones>.

diciembre de 2018 y otro en marzo de 2020. En el primero, la OPC señaló que “frente al incremento del costo de financiamiento, a fin de diciembre de 2018 el gobierno decidió suspender temporariamente los llamados a licitación de nuevos proyectos PPP, hasta tanto se observe una reducción en el riesgo país”. Y que “las agencias calificadoras de riesgo consideran que la calidad crediticia de las obligaciones de pago del fideicomiso está estrechamente vinculada al Estado Nacional, precisamente debido a la asignación de recursos tributarios y al compromiso del aporte contingente por parte del Tesoro”.

En el segundo informe de marzo de 2020 la OPC indicó que no había más proyectos adjudicados por modalidad que los contratos PPP viales de la Etapa 1 y que, al 31/10/2019, apenas mostraban un 1,18% de avance y se habían emitido títulos -en concreto, TPI- por más de 112 millones de dólares.

VIII. Los proyectos PPP viales

Tal como se comentó, en junio de 2018 la DNV dispuso las adjudicaciones de la licitación pública del Proyecto denominado “Red de Autopistas y Rutas Seguras. Proyecto PPP Vial – Etapa 1. Ley 27.328. Corredor Vial A, B, C, E, F y Sur”. Entre los adjudicatarios se encontraban muchas empresas históricamente ligadas a la obra pública nacional. Cada uno de esos contratos PPP viales fue licitado por montos superiores a los 700 millones de dólares. El costo total de los seis contratos adjudicados fue previsto por la DNV en más de 5.300 millones de dólares, aunque su costo financiero final iba a superar los 8 mil millones de dólares.

La fijación de precios en dólares fue una de las supuestas pautas de “previsibilidad” que brindarían los contratos PPP en cuestión, aparte de la inaplicabilidad -fijada por la propia ley 27.328- de los regímenes de obra pública, de concesión de obra pública, de contratos de la Administración Pública Nacional, de expropiaciones y de responsabilidad del Estado. Una ley al margen de la ley.

Ahora bien, como se precisará más abajo, la fijación de esos componentes dolarizados no recibió justificación alguna en el procedimiento constitutivo de los contratos, sin perjuicio de la ya mencionada ventaja informada por los funcionarios y políticos que defendían esta modalidad de contratación.

La “Red de Autopistas y Rutas Seguras – Etapa 1” iba a consistir en su primera en seis corredores estratégicos que atraviesan las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, La Pampa, San Luis y Mendoza. Las obras, según información provista por el propio Ministro de Transporte Guillermo Dietrich⁶⁹, implicarían 3.300 kilómetros (km), de los cuales 800 km serían de autopistas (en rigor, rutas con dos carriles en cada sentido) y 1.600 km de rutas seguras (rutas en las que cada tanto aparece un tercer carril para permitir sobrepasos). Iban a generar más de 23.000 puestos de trabajo.

En las licitaciones se recibieron treinta y dos ofertas de diez consorcios, de los que siete eran argentinos. Se informó que, asimismo, aquellas licitaciones cumplieron con altos estándares de transparencia y participación y se hizo énfasis en la gratuidad de pliegos y la digitalización de procedimiento.

En octubre de 2018 las adjudicatarias ya habían integrado más de 550 millones de dólares en concepto de garantías, a saber: de mantenimiento de oferta, de servicios principales, de obras principales y de cierre financiero. Esta última debía incrementarse (de 2 a 2,5 y finalmente a 3%) si se acercase la fecha de vencimiento para obtener el cierre financiero (julio de 2019, luego se prorrogó por Adendas). Sin embargo, y contra la propia esencia de los contratos PPP⁷⁰, el Estado Nacional iba a proveer una fuente de financiamiento para el “corto plazo” compuesta con aportes de bancos privados, organismos internacionales de crédito y del Banco Nación, más aportes presupuestarios, letras del

⁶⁹ Ver notas 64 y 65.

⁷⁰ Es decir, obtener los fondos, propios o de terceros (cierre financiero), suficientes para cumplir con el resto de sus obligaciones y, en concreto, para ejecutar las obras.

tesoro y las propias garantías. Un Frankenstein financiero para que arrancasen las obras.

El “repago”, es decir la forma en que se pagarían estos proyectos, dependería de los aportes del SISVIAL por recaudación de impuesto al gasoil y de peajes⁷¹. Si hiciera falta, se acudiría a aportes del Tesoro o asignaciones “contingentes” presupuestarias⁷².

Siempre evito citar definiciones del diccionario, pero en este caso me resulta inevitable compartir la de “repagar”: “pagar caro algo”⁷³.

A su vez, el “repago” de obras ocurriría desde 2020, en veinte cuotas semestrales durante diez años. Es decir que, en teoría, el pago se consumaría una vez terminada la obra financiada por el privado, pero por el momento solo financiada por el propio comitente. La titulación -la emisión de títulos, títulos por inversión (TPI)- en el caso de las obras acaecería de manera trimestral y consistiría en “certificados incondicionales, autónomos e irrevocables de reconocimiento de inversión trimestral”, “emitidos al alcanzar hitos temporales”⁷⁴. La autoridad contratante certificaría el avance de obras por “actas de reconocimiento de avance de inversión” (ARAI) y cada tres meses se expedirían los TPI -denominados en dólares- por un valor proporcional del “Monto Total Requerido TPI” (MTRTPI).

⁷¹ Peajes a integrar a fondos de “repago”: solo de los corredores E y Sur.

⁷² Según la OPC: “En su dictamen previo al llamado a licitación, el Ministerio de Transporte, en su carácter de autoridad convocante, determinó que el flujo de fondos provenientes del impuesto a los combustibles será suficiente para hacer frente a las obligaciones contraídas por el Fideicomiso. Bajo ese supuesto, no sería necesario que el Tesoro efectúe ningún aporte adicional para cubrir los pagos de los TPI. Sin embargo, dicho documento no contiene los montos de recaudación estimados ni incluye la metodología de estimación respectiva. De acuerdo a un estudio privado, en cambio, los recursos asignados al fideicomiso serían suficientes sólo hasta 2022, y a partir del año siguiente deberían ser complementados con un aporte adicional del Tesoro”.

Ver: Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, p. 32.

⁷³ Diccionario de la lengua española, ver: <https://dle.rae.es/repagar?m=form>.

⁷⁴ Ver nota 64.

¿Cuál sería ese monto? Según la OPC, “el MTRTPI de cada corredor vial fue determinado como parte del proceso licitatorio, pero está sujeto a un ajuste por riesgo país, a realizarse a la fecha de cierre financiero”⁷⁵. A fines de 2018 ese monto total superaba los 9 mil millones de dólares⁷⁶. No se sabía cuánto iban a costar los proyectos, pero sí que se pagarían en dólares. Y que saldrían caros, por supuesto.

En paralelo, estos proyectos viales a realizarse por contratos PPP envolverían otras contraprestaciones para los contratistas: por tránsito (tarifa de peaje a abonar por usuarios de cada corredor), por exceso de carga (según tarifa por ese concepto), por explotación comercial (de terceros o propia de servicios accesorios) y por disponibilidad (operación y mantenimiento)⁷⁷. Esta última se pagaría mediante títulos por disponibilidad (TPD) y se vincularía al mantenimiento y operación de cada corredor. Los fondos surgirían de misma manera que la prevista para los TPI pero los TPD se emitirían con otra frecuencia (mensual) y en pesos.

No obstante, aún no quedaba claro qué es lo que se iba a pagar.

⁷⁵ La OPC explica que: “Dado que los TPI no devengan intereses, los montos ofertados y adjudicados incluyen de manera implícita el costo financiero asociado, que debido a la ubicación de los proyectos está directamente vinculado con el riesgo soberano. Al ser responsables de la obtención del financiamiento para los proyectos, los contratistas se encontrarían expuestos a cambios en el riesgo soberano entre la fecha de presentación de la oferta (cuando estimaron el costo financiero que afrontarían) y la fecha en que logran el cierre financiero (cuando queda efectivamente determinado el costo financiero del proyecto). Para repartir este riesgo con el sector público y reducir así la incertidumbre en la etapa de planificación y análisis de los proyectos, los contratos contemplan un ajuste al MTRTPI asociado al cambio que haya tenido la brecha de rendimiento promedio entre los bonos de Argentina y los EEUU”. Ver: Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, p. 23.

⁷⁶ Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, p. 19.

⁷⁷ Definida en los contratos PPP viales como “la contraprestación por la prestación de los Servicios Principales durante dicho periodo de disponibilidad”. A su vez, “periodo de disponibilidad” es determinado como “cada periodo sucesivo de un mes contado a partir de la fecha de comienzo de los Servicios Principales”.

IX. Problemas de transparencia y sustentabilidad de los proyectos PPP viales

En agosto de 2018 el Diputado José Luis Gioja presentó ante la DNV un pedido de acceso a la información pública para que el organismo precise el monto de cada uno de los ítems, renglones y/o rubros de los contratos adjudicados -en junio de 2018- de los corredores viales A, B, C, E, F, y Sur⁷⁸. La DNV contestó que todas las actuaciones habían tramitado en un expediente que estaba disponible para su consulta en la mesa de entradas del organismo y que, asimismo, los datos se encontraban en su sitio de internet.

Pese a que la DNV debió proporcionar datos concretos, la información requerida tampoco estaba publicada en aquella página de internet. Gioja entonces presentó un reclamo por incumplimiento ante la Agencia de Acceso a la Información. A fines de diciembre de 2018, la Agencia contestó que, toda vez que el organismo puso a disposición la información faltante, correspondía proceder al archivo de las actuaciones. Pero esa información brindada por la DNV solamente consistía en un cuadro con las adjudicaciones de los corredores viales y los montos totales de cada contrato, sin la discriminación peticionada.

En febrero de 2019 Gioja interpuso una acción judicial por denegatoria de acceso a la información pública (expediente n° 5171/2019)⁷⁹. La DNV contestó la demanda y lo hizo con una respuesta aún más sorprendente: citó una nota interna del organismo -es decir jamás publicada ni notificada- en la que se consignaba que las licitaciones en cuestión no preveían la cotización por cada uno de los ítems, renglones y/o rubros. En otras palabras, la DNV sostuvo que había licitado sin detalle alguno y por montos globales obras de más de 5.300 millones

⁷⁸ Primera aclaración: algunos párrafos de este apartado ya fueron publicados en *Acceso a la información pública y contratos PPP*, El Cohete a la Luna, 3/11/2019, disponible en <https://www.elcohetelaluna.com/otra-derrota-del-secretismo-oficial>, otro texto de mi autoría.

⁷⁹ Segunda aclaración: con mi patrocinio jurídico.

dólares. Esto escapó a la Jueza de Primera Instancia, quien aceptó la postura de la DNV y rechazó la acción.

En segunda instancia las opiniones no favorecieron a la DNV. Tomó intervención el Fiscal de la Cámara, quien apuntó que de los pliegos de las contrataciones surgía que los adjudicatarios debían proveer el cómputo métrico de cada uno de los ítems en sus respectivos proyectos ejecutivos. La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal se apoyó en aquel dictamen y admitió la acción de Gioja, dado el -finalmente detectado- incumplimiento imputable a la DNV en materia de acceso a la información pública.

La sentencia de segunda instancia impuso, además, que la DNV provea en diez días toda documentación de la cual pudiesen extraerse los datos vinculados a la información solicitada sobre el detalle de costo de cada ítem de los contratos PPP adjudicados.

En diciembre de 2019 la DNV puso la supuesta información a disposición del Diputado Gioja. Sin embargo, de la información provista por la DNV únicamente surge que se realizó una licitación en la que solo se consideraron los montos globales de cada corredor vial⁸⁰. Existirían elementos para dar con los datos requeridos, por ejemplo los proyectos ejecutivos (que contendrían algún tipo de cómputo métrico) a confeccionar por los contratistas⁸¹. Pero estos no fueron entregados en sede judicial ni se publicaron en internet.

⁸⁰ En los Pliegos de bases y condiciones particulares (denominado PLIEG-2018-04494692-APN-PYC#DNV para el corredor vial A) de los seis corredores no se impuso cotización de la oferta económica por ítem, renglón o rubro, solo el monto total requerido TPI. Además, se fijó como criterio de selección de oferta más conveniente la que expresase “menor monto anual en dólares que se solicita percibir en el año 2025 por pagos por inversión en el corredor vial”. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pliego_de_bases_y_condiciones_particulares_a.pdf.

⁸¹ En el Pliego de especificaciones técnicas generales se alude en el artículo 41 que “cada Proyecto Ejecutivo aprobado deberá contener el cómputo métrico de cada uno de los ítems que integran cada obra principal”. En este Pliego también se estipuló que la confección y presentación del proyecto ejecutivo estaría a cargo del contratista. Disponible en <https://>

Así, no se conoce -ni se pudo conocer- con precisión la composición de costos de los contratos PPP viales.

No obstante, a partir de la revisión de toda la documentación sobre contratos PPP viales que entregó la DNV⁸² se descubrieron otras falencias vinculadas a la transparencia y la sustentabilidad de esos proyectos.

Primero, se destaca que en los antecedentes de las contrataciones no aparece justificación alguna a la fijación de valores y formas de pago en dólares estadounidenses. Dados los sucesos financieros y cambiarios que atravesó el país desde la suscripción de esos contratos, es evidente que sería muy difícil afrontar los compromisos estipulados en esa moneda.

En el “Informe preliminar Corredores Viales Nacionales Etapa 1” (documento denominado “IF-2017-24360223-APN-PY-C#DNV” de fecha 17/10/2017), se había estimado la inversión en obras de los primeros cuatro años en la suma de \$94.640 millones de pesos. Y un costo de \$176.767 millones de pesos por el total. También se discriminaban los montos por corredor vial, siempre en pesos. En fecha 23/11/2017 la DNV emitió otro informe sobre el efecto financiero y presupuestario de los contratos en los que, al igual que en el antecedente, se indicaban solo montos en pesos⁸³.

Al día siguiente el Ministro de Transporte elaboró el dictamen previsto en el artículo 13 de la ley de contratos PPP, en

ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2017/12/PLIEGO-DE-ESPECIFICACIONES-TECNICAS-GENERALES.pdf.

En los anexos III y IV de los Pliegos de especificaciones técnicas particulares se prevé cómo deberían integrarse los cómputos métricos y cómo se realizarían las mediciones de obras, para lo que se remite al respectivo proyecto ejecutivo, que a su vez debería incluir la incidencia porcentual de cada ítem sobre el total de la obra.

⁸² La DNV hizo entrega de tres discos DVD que contenían más de 500 archivos, varios de centenares de páginas, algunos de miles. Si se quisiera acceder a la información, puede solicitarla al correo electrónico indicado al inicio.

⁸³ IF-2017-29614304-APN-DNV#MTR (23/11/2017). Informe del Coordinador General de la DNV, Jorge Rubén del Pup, sobre “Estimación del efecto financiero y presupuestario del contrato por los ejercicios presupuestarios durante los cuales será ejecutado”.

el que se contemplaron montos y costos en pesos⁸⁴. Pero en el apartado de análisis económico y financiero aparecieron por primera vez y sin explicación valores en dólares⁸⁵. Esto es llamativo, además, porque este dictamen es muy parecido al “Informe preliminar”. Se innovó en la moneda sin razón explícita.

Por lo tanto, las primeras proyecciones se realizaron en pesos y luego se pasaron -en parte, solo para los TPI- a dólares. Esto implicó una distorsión para la evaluación de impacto en resultados fiscales, los efectos financieros y presupuestarios y la estimación de la suficiencia de flujo de recursos públicos. Es decir que el dictamen no cumplió ni podía cumplir con los recaudos de los incisos b, c y d del artículo 13 de la ley 27.328.

En paralelo, dicho dictamen tampoco expuso las razones por las que el interés público se vería mejor atendido con un contrato PPP que con un contrato celebrado por las leyes 13.064 o 17.520, según demanda el inciso a del artículo 13 de la referida ley. Y no abordó la “evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato” (inciso h).

De esta forma, el dictamen emitido por la autoridad convocante no obedeció a lo dispuesto por ese artículo 13 de la ley de contratos PPP. Ni siquiera a la “Guía metodológica para la elaboración del dictamen del artículo 13 de la ley 27.328”⁸⁶.

X. Contratos PPP viales - Cuestiones salientes, cierre financiero y riesgos

En el ya citado informe de 2018 la OPC enumeró posibles inconvenientes de los contratos PPP que resultarían en mayores costos finales: un análisis costo-beneficio poco riguroso por

⁸⁴ IF-2017-29871632-APN-MTR (24/11/2017), página 191. El dictamen se puede consultar aquí: <https://ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2017/11/Dictamen-Art13-27328-MT-PPPVIAL-E1.pdf>.

⁸⁵ Ver páginas 204 y 465 del dictamen.

⁸⁶ Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_metodologicas_v6_0.pdf.

parte del sector público, costos de financiación de los proyectos superiores para las empresas privadas que para el sector público, renegociaciones por marcos normativos mal diseñados y mayores costos por terminación anticipada de contratos⁸⁷. Desafortunadamente, sabemos que se dieron los dos primeros puntos. Veamos qué ocurrió con los demás, para lo que hay que abordar en general los contratos PPP viales⁸⁸.

En primer lugar, en el artículo 1 de los contratos PPP viales se encuentran⁸⁹ las 248 definiciones, entre las que se destacan “ARAI”, “cierre financiero”, contraprestaciones varias y “contrato de cobertura recíproca”⁹⁰.

El cierre financiero significa que el contratista financie el cumplimiento de sus obligaciones con endeudamiento (crédito)⁹¹, todo ello según diferentes variantes, según el artículo 1, puntos 48 y 94. O, en otras palabras, que el contratista demuestre

⁸⁷ Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, p. 5. Por otro lado, el Observatorio de Contratos de Participación Público Privada de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPaz) postuló en 2018 otros potenciales problemas de los proyectos y contratos PPP, a saber: “falta de competencia privada y concentración en la asignación de proyectos; extensión en las negociaciones pre-contractuales; demoras considerables en la ejecución contractual con ineficiencias y asunción de costos adicionales por la parte pública para terminar obras; exceso de optimismo traducida en indebida diligencia previo a la contratación de los PPP”. Ver: “Informe sobre contratos de participación público privada”, Observatorio de Contratos de Participación Público Privada, UNPaz, 2018, p. 7. Disponible en [https://cjys.unpaz.edu.ar/sites/default/files/Tercer%20Informe%20PPP%20-%20Agosto%202018%20\[Final\].pdf](https://cjys.unpaz.edu.ar/sites/default/files/Tercer%20Informe%20PPP%20-%20Agosto%202018%20[Final].pdf)

⁸⁸ Cada uno tiene más de cien artículos y más de ciento cincuenta páginas. Disponibles para su consulta aquí: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/contratos-registrados>.

⁸⁹ Se utilizará el presente para la descripción de los contratos PPP viales, pero bien se podría emplear el pasado, pues han sido extinguidos.

⁹⁰ “Contrato de cobertura recíproca” significa “el contrato de compensación recíproca por variaciones en el tipo de cambio real al celebrarse entre el Fideicomiso RARS PPP actuando no a título personal sino exclusivamente en su carácter fiduciario y el Contratista PPP que haya solicitado su suscripción en la oferta adjudicada”. Fueron suscriptos en julio de 2018 y se reconoció una banda de variación de hasta del 10% para el tipo de cambio de referencia y la unidad de valor adquisitivo.

⁹¹ Que se puede acreditar de distintas formas, siempre fijando como pauta el compromiso de entidades financieras por el total o una porción de los títulos a emitirse y/o adquirirse.

-en alguna medida, tomando como referencia el MTRTPI- financiamiento para cumplir con los compromisos asumidos en el respectivo contrato⁹².

En el artículo 6 se define el objeto de la siguiente manera:

“El contrato PPP tiene por objeto el diseño, construcción, ampliación, mejora, reparación, remodelación, operación, mantenimiento y explotación comercial del Corredor Vial con sujeción al marco regulatorio PPP. El contrato PPP comprende la obligación del Contratista PPP de finalizar las Obras del contratista PPP, prestar los Servicios Principales y cumplir con sus demás obligaciones establecidas en el Contrato PPP”.

En el artículo 12 se hallan las obligaciones del contratista, entre las que están las de confeccionar y preparar el proyecto ejecutivo, alcanzar el cierre financiero antes de la fecha programada y constituir las garantías correspondientes.

El plazo de los contratos se fijó por quince años (artículo 14), aunque las obras principales deberían ejecutarse desde la fecha de toma de posesión inicial (artículo 16), lo que ocurrió en 2018 para los seis corredores viales.

Se estipulan regímenes específicos de obras (artículo 37 y subsiguientes), servicios (artículo 45), contraprestaciones (artículo 46 y ss.), garantías (artículo 58 y ss.) y ecuación económico-financiera (artículo 68 y ss.)⁹³.

⁹² La explicación de la OPC es de las más claras: “el contratista deberá suscribir los contratos que acrediten la obtención del financiamiento necesario para llevar a cabo el proyecto. El contratista tiene un plazo de 6 meses desde la suscripción del contrato para lograr el cierre financiero, el cual podrá ser prorrogado por hasta dos períodos de 3 meses. Para ello, el contratista podrá financiarse con deuda o capital propio. En el primer caso, el monto del endeudamiento debe ser por un mínimo equivalente al 54% del monto total requerido TPI, con un compromiso de aporte de capital del 6%. Si, en cambio, el contratista opta por financiarse exclusivamente con capital propio, el aporte de capital comprometido deberá ser equivalente al 60% del monto total requerido TPI”. Ver: Informe sobre “Impacto fiscal de los proyectos de participación público privada”, OPC, p. 21.

⁹³ Por cierto, se admiten ajustes por inflación o por falta de incremento de valores de tránsito para la contraprestación por disponibilidad (artículo 71).

Se prevén diversas causales de extinción del contrato: incumplimiento de cierre financiero (si el contratista no lo hubiese alcanzado a la fecha programada, artículo 85), mutuo acuerdo (artículo 87), culpa del ente contratante (artículo 88, supuesto en el que debería abonar al contratista el pago por inversión no amortizada -calculado en dólares- y el pago por extinción, más intereses) y culpa del contratista (artículo 89, por ejemplo por no renovar garantías o no ejecutar obras, casos en los que debería abonar una penalidad y se ejecutarían garantías).

Por otro lado, los contratos se podrían extinguir por razones de fuerza mayor, lo que implicaría un evento de naturaleza indeterminada y conllevaría que el contratante cubra un pago de inversión no amortizada (más intereses) para el contratista, sin perjuicio del pago de los TPI y TPD que hubieran sido emitidos con anterioridad (artículo 90).

También por razones de interés público, aunque “el ejercicio de esta facultad estará limitado a casos excepcionales de magnitud extrema” (artículo 9.7) y “producirá los mismos efectos que la extinción del contrato PPP por causal atribuible al ente contratante” (artículo 91).

Asimismo, como se señaló, los contratos PPP viales consignaron un procedimiento de solución de controversias. Se prescribieron los mecanismos de “negociaciones amistosas” (artículo 95), “panel técnico” (artículo 96) y, si los anteriores se hubieren transcurrido sin éxito y nunca antes, el “arbitraje” (artículo 97).

En paralelo, cabe recordar que es la ley de contratos PPP la que en su artículo 9 inciso b prescribe que los contratos deberán contener previsiones sobre el “equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato... de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento”⁹⁴.

⁹⁴ Mairal y Veramendi opinan que: “Así se prevé una equitativa y eficiente asignación de riesgos entre las partes, según cuál de ellas se encuentre en mejores condiciones para

En cuanto a la “Asignación de riesgos” de los contratos PPP viales, aquella está fijada en el artículo 67, que, a su vez, remite al Anexo A sobre “Matriz de riesgos”. Por cierto, la Matriz estuvo disponible para su consulta antes de la presentación de ofertas. De hecho, durante la convocatoria se hicieron observaciones y consultas al modelo de contrato y a los pliegos que derivaron en modificaciones de aquellos.

En aquella Matriz, se apuntan como riesgos asignados al “privado” (es decir al contratista) los siguientes: riesgo de la demanda (por cantidad de tránsito “pagante”), riesgo de aumento de costos por inflación y riesgo del cierre financiero. Respecto al cierre financiero se detalla que el contratista asume el riesgo de:

- disponibilidad de financiamiento en los mercados de deuda nacionales e internacionales para alcanzar el cierre financiero en el plazo requerido, y, al mismo tiempo, se aclara que aquel debe ser suficiente para ejecutar las obras principales;
- cumplir con los requisitos solicitados por entidades financieras;
- “cambios en la situación de los mercados financieros que dificulten la obtención de financiamiento”, para lo que se “prevé un plazo razonable para alcanzar el cierre financiero, que puede ser extendido a opción del contratista hasta doce meses”.

prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, incluyendo expresamente, entre otros riesgos, el hecho del príncipe y el alea económica extraordinaria”. Ver: MIRAL, Héctor .A. – VERAMENDI, Enrique V., *op. cit.*

Por otro lado, Stortoni expresa y se pregunta lo siguiente: “Es interesante que se pretenda construir un sistema contractual, con asunción de riesgos que sean equitativos. Es justo que esos riesgos sean asumidos por el privado y el Estado. Y es más inteligente que sean obligaciones de calidad las que se exijan para ejecutar estas obras. Que no sea un mero negocio financiero, ocasional o especulativo depende de lo que falta: ¿cómo hacer un buen modelo contractual de PPP?”. Ver: STORTONI, Gabriela (2017). “Participación Público Privada en Argentina” en *Revista Vial*, n° 116, 7/9/2017.

Todo parecía estar claro. Se precisaban los riesgos y se estipulaba quién debía asumirlos. Sin embargo, en julio de 2019, a un año de las suscripciones de los contratos PPP viales, se firmaron “Adendas” para cada uno de ellos⁹⁵. ¿Renegociaciones por contratos mal diseñados? Aquí están.

Según la DNV, las modificaciones introducidas en cada Adenda abarcaron lo siguiente: plazo para alcanzar el cierre financiero, porcentaje de garantía de cierre financiero, plan de obras principales, plazos para cumplimiento de obras complementarias a las estaciones de cobro, y de otras obras y la definición del Monto Total Requerido TPI ajustado. Y sobre el cierre financiero la Adenda establece un nuevo plazo para alcanzarlo hasta fines de noviembre de 2020⁹⁶.

Sucedió que en julio de 2019 las condiciones para que los contratistas obtuviesen financiamiento eran similares o peores a las de 2018. Pero el plazo del cierre financiero estaba por vencer. Y pese a que los adjudicatarios -casi todos avezados contratistas de la Administración- habían asumido los mencionados riesgos, se firmaron las Adendas⁹⁷. La DNV justificó las modificaciones en el interés público y la realización de las obras⁹⁸. No obstante, ya se sabía que con esas condiciones económicas-financieras -que después empeoraron- los contratos PPP viales eran inviables.

⁹⁵ Se pueden consultar en <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/contratos-registrados>.

⁹⁶ Respuesta de la DNV a un pedido de acceso a la información pública, Providencia PV-2019-98815796-APN-RRIIICP#DNV, correspondiente a expediente EX-2019-87133762- -APN-DNAIP#AAIP, 4/11/2019.

⁹⁷ Cuando las modificaciones benefician a los contratistas nadie se queja por la “seguridad jurídica”. A su vez, los contratos PPP viales se limitan en su artículo 102 a establecer que: “El contrato PPP sólo podrá ser modificado mediante documento escrito otorgado por ambas partes”.

⁹⁸ También se motivó la decisión en que había ocurrido un “evento de crédito” para postergar la fecha de cierre financiero. El “evento de crédito” era determinado por la brecha entre el rendimiento de bonos argentinos y el bono de EE.UU. A todo ello, se le añade que en el Anexo D de los contratos PPP viales se prevé que a la fecha de cierre financiero se ajustaría el MTRTPI y los componentes para definir esa corrección depende de la anterior brecha. Esto último es lo que termina elevando el costo financiero total y el aumento del MTRTPI.

Había que decidir cómo se extinguían los contratos, no cómo se modificaban. Lo que no se quería hacer era asumirlo a pocas semanas de las elecciones nacionales⁹⁹.

Cabe destacar que la situación se había vuelto incómoda para ambas partes. Si bien los riesgos de financiamiento habían sido asumidos por los contratistas, los mayores costos se hubieran trasladado al contratante¹⁰⁰. El costo financiero total ya superaba en 2020 los 10 mil millones de dólares, es decir casi el doble -o más- de los costos totales contemplados para los seis corredores (5.300 millones de dólares)¹⁰¹. Por eso, solo se podía postergar el final, de ninguna manera evitarlo. Pero el Estado debe funcionar de manera eficiente. Esto supone evitar mayores costos por modalidades contractuales improcedentes, por supuesto, y fomentar que las obras comiencen lo antes posible.

Así, se puede afirmar que los contratos PPP viales implicaron también mayores costos por su terminación anticipada. Eso se puede aseverar sin perjuicio del modo en que fueron extinguidos, ya que, a fin de cuentas, siempre existirá un costo irre recuperable que consistirá en los tres años -2018 a fines de 2020- que se perdieron con contratos PPP viales que no tenían posibilidad

⁹⁹ Las primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) se celebraron el 11 agosto de 2019. El 12 de agosto el riesgo país se duplicó (pasó de 861 a 1658 puntos). La cotización del dólar subió de 46,55 a 57,3 pesos. Según Esteban Lafuente, el salto del tipo de cambio acumulado en 2019 año superó el 62%. Ver: *Dólar 2019. El día dramático, el récord histórico, devaluación del 38% y la vuelta del cepo*, Diario La Nación, 31/12/2019, firmada por Esteban Lafuente, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/dolar/dolar-2019-el-dia-dramatico-record-historico-nid2320076>.

¹⁰⁰ Ezequiel Cassagne expresa sobre las Adendas: "Esta modificación bilateral de los contratos era necesaria para los contratistas, pues iban a incumplir todos los términos contractuales y quedaban expuestos a la ejecución de las correspondientes garantías, pero también para el propio Estado Nacional, en la medida que si los contratistas obtenían el cierre financiero, en ese momento debían ajustarse los TPI por riesgo país, el cual, al haber incrementado mucho, habría generado un aumento sideral en el costo de los proyectos". Ver: CASSAGNE, Ezequiel (2020). "El régimen de participación público privada en Argentina" en *Anuario Iberoamericano de regulación, Universidad Externado de Colombia, Asier*, p. 633.

¹⁰¹ Según la OPC, en marzo 2020 ya superaba los 13 mil millones de dólares. Ver: Informe "Seguimiento del Programa PPP", OPC, 2020, p. 7.

alguna de éxito¹⁰². Tres años, por cierto, en los que prácticamente no se hicieron obras en ninguno de los seis corredores viales. Y no hay que olvidar que la modalidad PPP supuestamente tenía como ventaja una rápida ejecución de las obras más allá las de las posibles limitaciones presupuestarias a corto plazo.

XI. Seguimiento y ejecución de los contratos PPP viales

En noviembre de 2019 la DNV informó que los contratistas PPP viales habían integrado las garantías de cierre financiero, servicios principales y obras principales por más de 500 millones de dólares. También la DNV señaló que el 1 de agosto de 2018 se habían suscripto las Actas de toma de posesión inicial y que el plan de obras principales había comenzado -en todos los casos- entre diciembre de 2018 y febrero 2019.

Asimismo, la DNV indicó que entre agosto de 2018 y septiembre de 2019 se habían emitido TPD (por contraprestación por disponibilidad) por 538 millones de pesos y TPI (por contraprestación por inversión) por 79,5 millones de dólares¹⁰³. A fines de octubre de 2019 los TPI emitidos superaban los 112 millones de dólares.

Y, según la OPC, al momento de suscribirse las Adendas el avance promedio de las obras era de un 0,35% del total, mientras que el previsto en los contratos originales para esa fecha era del 3,36%. En octubre de 2019 el avance promedio había llegado apenas al 1,18%¹⁰⁴.

¹⁰² En este punto discrepo con quienes el escenario cambió drásticamente e imprevistamente. Es cierto que al momento de iniciarse las convocatorias de los contratos PPP viales la coyuntura económica-financiera era algo más favorable para estos proyectos, pero en junio de 2018, es decir cuando se realizaron las adjudicaciones, Argentina ya había caído definitivamente en una nueva y profunda crisis, que incluso la había llevado a solicitar el socorro al FMI. En sentido inverso, se puede leer la opinión de Manuel Alderete, quien además escribió y publicó este artículo (citado más arriba) al momento de suscribirse las Adendas. Ver: ALDERETE, Manuel, *op. cit.*

¹⁰³ Ver nota 96.

¹⁰⁴ Ver: Informe "Seguimiento del Programa PPP", OPC, 2020, p. 12.

En mayo de 2020 se publicaron informes de seguimiento sobre “Avance de obra” y “Servicios Principales” en la página de la Subsecretaría PPP para cada uno de los corredores viales¹⁰⁵. Los avances de obras (acumulados a mayo 2020) eran los siguientes: corredor A, 1,47%; corredor B, 0,78%; corredor C, 4,13%; corredor E, 0,5%; corredor F, 0,06%; corredor Sur, 1,2%. En promedio, un 1,35%.

En septiembre de 2020 la DNV informó que no se habían ejecutado garantías de ningún contrato PPP vial¹⁰⁶. También indicó que a julio de 2020 el avance acumulado era el mismo del párrafo anterior, con excepción del corredor C, que pasó al 4,39%.

Por otro lado, hasta julio de 2020 se habían emitido TPD por más de 3500 millones de pesos y TPI por más de 140 millones de dólares. Además, los contratistas a agosto de 2020 habían solicitado ajustes de contraprestaciones por más de 2700 millones de pesos¹⁰⁷.

XII. Los proyectos PPP viales y la pandemia

Los contratos PPP viales tuvieron su propio capítulo en el marco de la pandemia causada por el coronavirus COVID-19.

En marzo de 2020 la DNV dispuso la suspensión del cobro de la contraprestación por tránsito (peajes) de los seis corredores viales PPP¹⁰⁸. La medida fue prorrogada sucesivas veces hasta el 18 de mayo. A su vez, se estableció que los contratistas

¹⁰⁵ Disponibles en <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/contratos-registrados>.

¹⁰⁶ Respuesta de la DNV a un pedido de acceso a la información pública, Nota NO-2020-61125339-APN-RRIIICP#DNV, correspondiente a expediente EX-2020-55711068-APN-DNAIP#AAIP, 14/9/2020.

¹⁰⁷ Los mismos datos fueron aportados por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión de Obras Públicas de la Cámara de Diputados de la Nación en un informe presentado también en septiembre de 2020.

¹⁰⁸ Resolución 98/2020 de la DNV, publicada en el Boletín Oficial en fecha 20/3/2020, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335793/norma.htm>.

PPP deberían prestar el servicio de emergencia en la red vial en cuestión y los servicios principales con el objetivo de garantizar el tránsito y la seguridad de los usuarios.

Dos meses más adelante, en mayo de 2020, la DNV determinó que se suspendería el cobro de contraprestaciones por tránsito al personal de salud y fuerzas seguridad hasta que finalizase el aislamiento social, preventivo y obligatorio¹⁰⁹.

Asimismo, durante la pandemia los contratistas a cargo de los corredores E y F solicitaron medidas cautelares por las que se ordene a la DNV la inmediata devolución de las garantías de obras principales y cierre financiero y la sustitución de la garantía de servicios¹¹⁰.

En mayo de 2020 en ambas causas se dictó una medida cautelar¹¹¹ que ordenó a la DNV “que acepte la sustitución de la Garantía de Cierre Financiero y de Servicios Principales por un seguro de caución, por el monto total de las dos garantías en pesos a la cotización del dólar vendedor del BCRA, hasta que se reanuden las tareas correspondientes en la obra en cuestión”¹¹².

¹⁰⁹ Resolución 321/2020 de la DNV, publicada en el Boletín Oficial el 29/5/2020, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/230002/20200531>.

¹¹⁰ Las causas tramitaron en el fuero Contencioso Administrativo Federal como expedientes n° 9851 (corredor E) y 9852 (F). Las demandas son prácticamente iguales.

¹¹¹ Mismo juzgado, casi el mismo texto. En épocas pandémicas los juzgados de feria varían y a veces parece que funcionaba solo uno de doce.

¹¹² “Corredor Panamericano I SA c/ EN-DNVs/Medida cautelar (autónoma)” y “Corredor Panamericano II SA c/ EN-DNVs/Medida cautelar (autónoma)”, expedientes n° 9851 y 9852 de 2020, resoluciones judiciales de fecha 8/5/2020. Es menester señalar que el examen de procedencia de la medida cautelar fue cuanto menos temerario y superficial. Y que, como suele ocurrir, el juez no analizó la procedencia según los requisitos previstos en la ley 26.854, sino que se limitó a invocar la verosimilitud del Derecho y el peligro en la demora. La ley 26.854 impone recaudos que parecen ser optativos para los jueces. Por último, el juez consideró suspendidas las obras pese a que no existía acto ni hecho que determinase la suspensión. Resoluciones disponibles en: 1) <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=Bu-M0bcX5IUdXSyKJ1o198quarKlzZ8Ntn42mR40IQbE%3D&tipoDoc=despacho&cid=2056025>; 2) <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=Yaar%2B4odl5EmNaXqSI23bPrmWTokXVYp-4671MwThi64%3D&tipoDoc=despacho&cid=2055754>.

Esto fue apelado por las dos partes. Sin embargo, los derroteros de cada causa luego difirieron.

En la causa del corredor E la medida cautelar fue suspendida por la concesión del recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución, conforme a lo previsto por el artículo 13, inciso 3, de la ley 26.854¹¹³. En la otra causa (corredor F), un juzgado diferente no dispuso ese efecto de la apelación sino el devolutivo. Una ley para todos, un criterio por cada juez¹¹⁴.

Por otro lado, en una causa (corredor E) antes de que se pronunciase la Cámara de Apelaciones el contrato fue extinguido, por lo que todo devino abstracto. En la otra (corredor F) sí hubo resolución de segunda instancia y se hizo lugar parcialmente a ambas apelaciones. Se ordenó la devolución y suspensión de garantías de cierre financiero y obras principales y se revocó la sustitución de la garantía de servicios principales¹¹⁵. Pero a los pocos días el contrato del corredor en cuestión también sería terminado por acuerdo de las partes.

De todas formas, esta confrontación judicial sirvió para conocer los puntos de vista de cada parte en una época de incertidumbre para los contratos PPP viales. Por lo que corresponde revisar sus argumentos.

En ambas causas judiciales las partes actoras (o la parte actora, singular, pues los escritos son casi idénticos) propusieron una batería de causales en la que se confunden cosas para afirmar una falsa premisa: que existieron eventos de fuerza

¹¹³ Resolución disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=UH1ECGEPddmtcy105fvJDCBbxggQz7EduS3DCdT5B3M%3D&tipoDoc=despacho&cid=2015924>.

¹¹⁴ A lo que se podría sumar que en la causa del corredor F el primer juez interviniente se había declarado incompetente siguiendo el dictamen del fiscal, para quien el reclamo, conforme a lo previsto por el respectivo contrato, debía ser conocido por un tribunal arbitral, pese a que los paneles técnicos no se hubieran constituido. Dictamen disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=8TRK1VMxpswx3uLw9twGYjg0JPwCo5Zm1SJoeuZ-9F08%3D&tipoDoc=despacho&cid=2052426>.

¹¹⁵ Resolución disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=Y1ZT99GQfij0ov-f9EYv5gGSWtHX%2F4YmgeOWvvqmS67Q%3D&tipoDoc=despacho&cid=2061572>.

mayor y que la autoridad contratante debería soportar las consecuencias. Bien les hubiera venido a los contratistas entender que crisis económica y pandemia no son lo mismo (en todo caso, la segunda agravó la primera), y que las complicaciones de los contratos PPP viales ya existían. La pretensión de los contratistas se reducía a no cumplir a lo que se comprometieron, aunque habían asumido los riesgos. Además, todos los adjudicatarios podrían haber dado un paso al costado en junio 2018 pero prefirieron no hacerlo.

Decían en su demandas¹¹⁶ sin tapujos que Argentina había entrado hace varios años en una profunda crisis que restringió el acceso al financiamiento, y que fue generada por “acontecimientos políticos ocurridos en nuestro país y el excesivo endeudamiento externo que contrajo el gobierno nacional”¹¹⁷. De nuevo: todo eso ya se sabía al momento de la adjudicación. Y era más que evidente al año siguiente cuando se firmaron las Adendas.

Pero las partes actoras no se conformaron con eso, sino que también argumentaron que las obras y el cierre financiero habían sido suspendidas “sine die” por el comitente “ante la imposibilidad de conseguir créditos para financiar la ejecución del contrato” (lo que era, en rigor una obligación del contratista), “como lo prueban la suscripción de una Adenda por la cual se decidió el diferimiento del cierre financiero y del cronograma de obras principales” (que firmaron las dos partes, es decir que no fue una imposición). Y agregaban que lo expuesto quedaba corroborado por “el silencio guardado hasta hoy por la DNV con relación al futuro de estas obras”.

El cinismo explicitado en las demandas es fabuloso, pero exhibe la calidad de contratistas de la Administración que tenemos.

¹¹⁶ Disponibles en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=%2B70lqb8E02%2BNo-Q0w1LFM3bqPNVop8Sfmpks3VTV1MYY%3D&tipoDoc=despacho&cid=2851994> y <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=|Rq%2FTUA6aGWiwG%2BKJcl0y9Z%2FjYSb3bRH2ciin-0yiw5c%3D&tipoDoc=despacho&cid=2052426>.

¹¹⁷ Pero nada se decía sobre la deuda de los contratos PPP que era ocultada ilegalmente por ley, según se explicó más arriba.

A su vez, ¿no sería un contrasentido suspender el contrato “sine die” hasta que el país se arregle? ¿Cuánta normalidad necesitan los contratistas en Argentina? ¿Es posible esa cantidad de normalidad?

Por lo pronto, parece que la cantidad de normalidad requerida para los contratos PPP supera a la que este país puede ofrecer.

Por su parte, la DNV en la apelación acusó que no existía ninguna medida que hubiere implicado la suspensión de obras o trabajos. Esto puede ser cierto en el plano formal, pero la DNV también debía reconocer los impedimentos que se enfrentaban. No existía un contrato en “plena ejecución”, como señaló al expresar agravios¹¹⁸. Los contratos PPP viales ameritaban prontas soluciones tendientes a su terminación y honestidad de ambas partes.

XIII. El informe de la Auditoría General de la Nación

En fecha 29 de septiembre de 2020 la Auditoría General de la Nación (AGN) emitió la resolución 117/2020 que aprueba el “Informe de Auditoría, la Síntesis Ejecutiva y la Ficha del Informe que forma parte del mismo, realizado en el ámbito de la Subsecretaría de Participación Público Privada, la Dirección Nacional de Vialidad, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Economía y el BICE”, que tuvo por objeto el “cumplimiento del régimen regulatorio de los contratos PPP-RARS”¹¹⁹. El periodo auditado fue el comprendido entre el 1/1/2017 y el 31/7/2018, etapa ya superada en este trabajo. Aunque se sugiere la lectura completa del informe, algunos de los hallazgos y las conclusiones de la AGN resultan tan contundentes que serán aludidos a continuación.

¹¹⁸ Documento disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=TB%2Bwp6nK1M4SgNFqGR8V%2BIJ1pWyhDTDz9qz46dECrUc%3D&tipoDoc=despacho&cid=2851424>.

¹¹⁹ Resolución, informe, ficha y anexos disponibles en <https://www.agn.gob.ar/informes/cumplimiento-del-regimen-regulatorio-de-los-contratos-ppp-rars-corredores-b-c-e-f-y-sur>.

Además, con este informe la AGN dio cumplimiento al artículo 22 de la ley de contratos PPP, que establece que este organismo “deberá incluir en cada plan de acción anual la auditoría de la totalidad de los contratos de participación público-privada existentes, su desarrollo y resultado”.

Primero, en palabras de la AGN, respecto a los contratos PPP viales no se encontraban “justificadas las razones por las cuales se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante el régimen de PPP frente a otras alternativas contractuales”¹²⁰.

Segundo, para la AGN “la mitigación prevista por dicha documentación para los riesgos financieros es insuficiente, dejando la ejecución de los contratos expuesta a variaciones desfavorables del contexto macroeconómico”¹²¹.

Tercero, la AGN juzga que “la decisión de llevar adelante el proyecto PPP bajo análisis no incluyó estimaciones razonables de costos, así como tampoco la certificación de ingresos suficientes para hacer frente a los pagos”¹²². Y no se analizó el descalce producido entre los activos del fideicomiso PPP y sus pasivos en dólares, ni la suficiencia de los primeros para afrontar los segundos. Esto tenía como consecuencia, al mismo tiempo, que no se previesen debidamente los posibles aportes contingentes presupuestarios. Incluso, según la AGN, las estimaciones presupuestarias eran inconsistentes con los compromisos asumidos¹²³.

A su vez, la AGN recomienda “arbitrar los medios para registrar como deuda pública los pasivos contraídos por el Fideicomiso PPP, en la medida que su repago comprometa ingresos públicos futuros”¹²⁴.

¹²⁰ Informe AGN, p. 58.

¹²¹ Informe AGN, p. 48.

¹²² Informe AGN, p. 45.

¹²³ Informe AGN, p. 56.

¹²⁴ Informe AGN, p. 98.

En resumen, el informe de la AGN coincide en el diagnóstico de los contratos PPP viales que se elaboró en este trabajo. Pero llegó un poco tarde.

XIV. El fin de los contratos PPP viales

Durante 2020 corrieron varios rumores sobre el final de los contratos PPP viales.

El 10 de enero de aquel año Ministro de Obras Públicas, Gabriel Katopodis, expresó en una entrevista radial que los contratos PPP viales fueron “una gran ficción”, que allí solo había un “negocio financiero”, y que se estaba realizando una auditoría. Asimismo, concluyó que el modelo había fracasado¹²⁵.

En la misma línea, el Ministro Katopodis declaró en junio que el costo financiero de los contratos PPP viales hubiera sido enorme y que era inexplicable el financiamiento en dólares para obras que requieren insumos pagaderos en pesos¹²⁶. Dijo también que las obras habían avanzado apenas un 2% y que el modelo debía ser desarmado porque era ruinoso y había causado perjuicios al Estado y los ciudadanos. En cuanto a la forma de extinción, señaló que estaba bajo análisis. Pero, claro, esto no era un tema menor.

En julio el Ministro envió una nota al titular de la DNV en la que le encomendó

“iniciar un proceso de evaluación de las distintas causales de extinción previstas contractualmente, referenciadas en la nota, y mantener reuniones de trabajo con los contratistas PPP, con el fin de poner término a los contratos PPP de conformidad con lo previsto en los mencionados contratos”¹²⁷.

¹²⁵ Radio 10, 10/1/2020, disponible <https://ar.radiocut.fm/audiocut/entrevista-a-gabriel-katopodis-9342>.

¹²⁶ Radio La 990, 3/6/2020, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=89E4frN8cfo>.

¹²⁷ Nota NO-2020-44992351-APN-MOP, 14/7/2020.

Por su parte, la DNV solicitó a la Gerencia de Planeamiento y Concesiones y a la de Asuntos jurídicos que “inicien reuniones de trabajo con los contratistas PPP, a los fines de poner término a los contratos PPP en las condiciones más beneficiosas para el interés general, elaborando una propuesta de extinción de los contratos PPP y las condiciones aplicables a la misma”¹²⁸.

Mientras tanto, dos contratistas presionaban por vía judicial y todo esto producía múltiples trascendidos periodísticos¹²⁹.

El 24 de septiembre el Ministerio de Obras Públicas publicó un comunicado en su página de internet en el que informó que el cronograma de obras dispuesto en las Adendas no se había cumplido y que las empresas no habían podido realizar el cierre financiero ni habían incrementado el monto de la garantía por ese concepto. Además, se precisó que el 31 de agosto se había otorgado la posibilidad de “rescindir los contratos de común acuerdo hasta el 30 de noviembre” y que, “en este sentido, el Ministerio de Obras Públicas, a través de Vialidad Nacional, llegó a un acuerdo con la contratista PPP conformada por Helloworld SA, Panedile SA, Eleprint SA, COPASA (España), a cargo de los corredores E y F, para la extinción de los contratos”¹³⁰.

Al día siguiente el Ministro Katopodis reapareció por radio y comentó que se encontraban en la recta final los cuatro contratos restantes, ya que si al 30 de noviembre no se hubieren rescindido de mutuo acuerdo, se les exigiría a contratistas el

¹²⁸ Nota NO-2020-45296846-APN-DNV#MOP, 15/7/2020.

¹²⁹ 8/6/2020: <https://m.ambito.com/economia/obras/ppp-gobierno-desarma-mecanismo-macri-obra-publica-n5108382>; 19/7/2020: <https://www.lettrap.com.ar/nota/2020-7-19-9-33-0-las-rutas-de-dietrich-katopodis-pone-primera-para-rescindir-los-ppp-viales>; 17/8/2020: <https://www.baenegocios.com/economia/PPP-la-puja-por-las-garantias-traba-una-salida-consensuada-con-las-constructoras-20200817-0037.html>; 2/9/2020: <https://www.baenegocios.com/economia/PPP-la-justicia-fallo-a-favor-de-Eurnekian-y-esperan-un-acuerdo-para-diciembre-20200902-0052.html>;

¹³⁰ Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-nacional-rescindio-los-contratos-ppp-de-dos-corredores-viales>. Las actas de extinción por estos corredores no fueron publicadas hasta varias semanas más tarde en un vínculo que ya no se encuentra disponible.

cumplimiento del cierre financiero¹³¹, lo que conllevaría la extinción por su culpa.

Una parte de los corredores viales E y F fueron asignados -tras la extinción de los contratos PPP- para su administración a la DNV a través del decreto presidencial 779/2020¹³². Esa parte consta de 304 kilómetros. La novedad consistió en que por el mismo decreto se otorgó la concesión (“de obra pública por peaje”, ley 17.520) de los 720 kilómetros restantes a Corredores Viales S.A.. Algo similar ya había ocurrido entre esa sociedad y la concesión de otros corredores viales, aquellos que iban a conformar la segunda etapa del plan vial PPP¹³³. Pero Corredores Viales S.A. había sido creada por la gestión anterior y cuestionada por la actual. De ahí la sorpresa, si es que en la política puede usarse esa palabra.

Corredores Viales S.A. fue constituida por el decreto 794/2017. Está integrada por el Ministerio de Transporte (tenedor del 51% del capital social del Estado Nacional) y por la DNV (del 49% restante). Su objeto original era bastante general y estaba relacionado con la construcción, conservación y explotación de redes viales nacionales. Algo parecido a lo que ya hacía la DNV. Tal fue el parecido que la entonces oposición acusó que se buscaba desplazar a aquel organismo. No obstante, pocos meses después se dictó el decreto 223/2018 que precisó que la sociedad estaría afectada a la gestión del Acceso Riccheri “y los corredores viales que el Estado Nacional le asigne”. Por más de un año esos corredores viales a asignar fueron nulos y Corredores Viales S.A. abandonó el mar de dudas.

Por otro lado, el decreto 794/2017 había recibido un dictamen de rechazo por la Comisión Bicameral Permanente de

¹³¹ Radio 10, 25/9/2020, disponible en <https://www.gustavosylvestre.com/anulan-contratos-ppp-fue-una-estafa-una-mentira-y-un-fracaso-rotundo-senalo-gabriel-katopodis>.

¹³² Publicado en el Boletín Oficial en fecha 1/10/2020. Disponible en <https://www.boletin-oficial.gob.ar/detalleAviso/primer/235606/20201001>.

¹³³ Decreto 659/2019.

Trámite Legislativo en noviembre de 2017¹³⁴. La Comisión se pronunció por la invalidez de aquel decreto, que fue considerado un decreto delegado por haberse dictado en ejercicio de las potestades previstas por el artículo 5 de la ley 17.520¹³⁵. Es decir que se basó en una delegación previa a 1994 que había caducado. Esto hacía que el decreto 794/2017 fuese -además- inconstitucional.

De regreso a los contratos PPP viales, el 1 de diciembre de 2020 el Ministerio publicó otro comunicado en el que anunció la rescisión por mutuo acuerdo todos los contratos¹³⁶.

Las actas de extinción se fundaron en el artículo 87¹³⁷ de los contratos PPP viales y son muy similares¹³⁸. Entre los motivos expresados en los antecedentes, se refiere a que a la fecha no se había logrado dar cumplimiento con la finalidad del Estado Nacional ni con las expectativas de cada contratista. Asimismo, se asentó que el Estado Nacional persigue la satisfacción del interés público, que se traduce en estos casos en “contar con una red de autopistas y rutas seguras”, lo que justifica que se “deba hacer uso de marcos jurídicos alternativos a la ley

¹³⁴ Versión taquigráfica de la reunión de fecha 21/11/2017 disponible en <https://www.senado.gob.ar/upload/29106.pdf>.

¹³⁵ Artículo 5, ley 17.520: “El Poder Ejecutivo podrá crear sociedades anónimas mixtas con o sin mayoría estatal, de acuerdo a lo establecido por la ley 17.318, o entes públicos u otro tipo de persona jurídica para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley, haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes”. Además, según el artículo 5 de la ley 25.152 (texto vigente al momento del dictado del decreto 794/2017) “toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del ESTADO NACIONAL requerirá del dictado de una Ley”.

¹³⁶ Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/obras-publicas/el-gobierno-nacional-rescendio-de-comun-acuerdo-los-seis-contratos-ppp>.

¹³⁷ Artículo 87.2: “Como parte del acuerdo al que arriben las partes, el contratista PPP deberá reconocer y abonar al ente contratante los cargos de liquidación firmes; y el ente contratante deberá reconocer y abonar al contratista PPP el pago por inversión no amortizada. Las partes acordarán el monto, forma, condiciones y fecha de pago en el acta de extinción por mutuo acuerdo”.

¹³⁸ Disponibles en <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/ppp/contratos-registrados>.

n° 27.328 y dentro de esquemas económico financieros que resulten cumplibles”.

Se acordaron los rubros que se incluirían en la extinción anticipada. A favor de los contratistas: pagos por inversiones no amortizadas, que comprenden montos reconocidos que aún no hubieren resultado en emisiones de TPI y otros montos reclamados por cada contratista a la DNV antes de la extinción de los contratos¹³⁹. A favor del contratante: cargos de liquidación firmes (es decir gastos para reemplazar bienes afectados), montos de multas impuestas a contratistas y que estuvieren impagos, montos entregados con anticipación por explotación comercial y sumas reclamadas a contratistas en virtud de los contratos antes de su terminación¹⁴⁰.

En cada acta se calculó el “saldo resultante de la propuesta de liquidación”¹⁴¹, denominado en dólares y pagadero en pesos. Así, el total a abonar por el ente contratante a los contratistas con motivo de la extinción de los contratos PPP viales será de 14.635.439 dólares, sin contar los TPI y TPD emitidos. Demasiado por tan poco.

Además, los contratistas reconocieron no haber alcanzado el cierre financiero y se determinó que serían devueltas las garantías constituidas por ese rubro y por los demás (obras principales y servicios principales, cada una según diversos detalles y condiciones). También renunciaron a efectuar reclamos en cualquier foro o jurisdicción relacionados con sus correspondientes contratos, excepto lo concerniente al cumplimiento de cada acta de extinción, por supuesto, que “se resolverá mediante arbitraje”.

¹³⁹ Montos aproximados en dólares: corredor A, 7 millones; corredor B, 6 millones; corredor C, 5 millones; corredor E, 10 millones; corredor F, 6 millones; corredor Sur, 12 millones.

¹⁴⁰ Montos aproximados en dólares: corredor A, 1 millón; corredor B, 5 millones; corredor C, 2 millones; corredor E, 9 millones de dólares; corredor F, 6 millones de dólares; corredor Sur, 4 millones.

¹⁴¹ Corredor A, 1.120.000 dólares; corredor B, 1.296.000 dólares; corredor C, 2.890.000; corredor E, 1.162.214 dólares; corredor F, 71.925 dólares; corredor Sur, 8.095.300 dólares. Total: 14.635.439 dólares.

En cuanto al personal de cada corredor vial, los contratistas asumieron responsabilidad por eventuales remuneraciones, indemnizaciones o deudas de empleados propios o que hubieren sido incorporados por ellos. A su vez, la DNV contrajo el compromiso de gestionar la incorporación del personal no comprendido anteriormente al nuevo operador.

El 22 de diciembre de 2020 se dictó el decreto de necesidad y urgencia 1036¹⁴² que concretó el fin de los contratos PPP viales. En los considerandos se repasan los antecedentes ya reseñados y se señala que la extinción de esos contratos dejó pendiente la ejecución de obras viales varias y que, por ello, se procede a utilizar instrumentos legales alternativos a la ley de contratos PPP para satisfacer las necesidades públicas.

Tal como ocurrió con el decreto 779/2020 y los corredores E y F, un segmento de los corredores A, B, C y Sur (de 337 kilómetros, correspondiente a rutas 7 y 3) se asignó a la DNV y otro a Corredores Viales S.A (de 1991 kilómetros). Así, 641 kilómetros de los ex contratos PPP viales quedaron bajo administración de la DNV y 2711 se otorgaron en “concesión de obra pública por peaje”¹⁴³ a Corredores Viales S.A..

Asimismo, ante “el avance mínimo de las obras, muy por debajo de aquellos compromisos asumidos por los ex contratistas PPP”, se dispuso con urgencia la afectación de fondos que recibían los contratos PPP viales para obras y mantenimiento de los corredores que serán gestionados por la DNV y Corredores Viales S.A. En consecuencia, se desarticuló el esquema previo de Fideicomiso PPP, que recibía recursos del SISVIAL y que supuestamente tiene resto para afrontar las obligaciones de pago pendientes derivadas de los contratos PPP viales extinguidos. Si la solución siempre estuvo allí (fondos públicos y/o

¹⁴² Publicado en el Boletín oficial en fecha 22/12/2020, disponible en <https://www.boletin-oficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239047/20201223>.

¹⁴³ Y por diez años, según el artículo 3 inciso b del decreto 1036/2020. Lo mismo dispone el artículo 3 inciso b del decreto 779/2020.

concesión por peaje), habría que preguntarse otra vez para qué se necesitaban los contratos PPP.

XV. Epílogo

Los contratistas en Argentina no son todos iguales. Ni deben serlo, sin perjuicio de la igualdad de trato en los procedimientos contractuales¹⁴⁴. A su vez, es razonable implementar un “trato más favorable” a algunos contratistas para determinados proyectos¹⁴⁵. Incluso la Constitución Nacional abre la puerta para eso en su “cláusula del progreso”¹⁴⁶. En todo caso, deberíamos preguntarnos para qué contratistas y para qué proyectos. Progreso sí, pero no de cualquier manera ni a cualquier costo.

Tal vez haya llegado la hora de ser prudentes en los presupuestos, las programaciones de contrataciones y la elaboración y aplicación de normas. Si se tomase o privilegiase un solo aspecto, es probable que las soluciones no sirvan. Y en cada supuesto no hay que olvidar quiénes estarán del otro lado. No es lo mismo la provisión de insumos médicos estandarizados que la construcción de un hospital. Si se proveerá un trato especial, no debe ser para cualquiera ni para cualquier cosa.

A esta altura del siglo XXI damos por sentadas cosas que antes eran inimaginables. A todo el Estado -no solo a la Administración- le pedimos que funcione de manera eficiente para satisfacer un catálogo amplio de derechos ya considerados

¹⁴⁴ Consagrada en el artículo 3, inciso f, del decreto 1023/2001 y en el artículo 12 de la ley 27.328.

¹⁴⁵ En ese sentido, ver: MIRAL, Héctor A. – VERAMENDI, Enrique V., *op. cit.*

¹⁴⁶ Artículo 75, inciso 18: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

fundamentales y, por lo tanto, universales e indisponibles¹⁴⁷. Para lograrlo, a veces debe contratar con personas privadas. Hasta los contratos PPP, la principal -o única- vía consistía en lo que se denomina contratos administrativos. Más allá de cada modalidad y sus detalles, los contratos por los que el Estado busca garantizar derechos fundamentales no deben estar sometidos prioritariamente a necesidades o leyes del mercado.

Sobre las contrataciones administrativas en general ya me he referido al comienzo de este trabajo. Por las dudas, reitero que no pienso que hayan sido bien ideadas o ejecutadas. También sostengo que sus problemas están más ligados a la ejecución que al diseño normativo. Y en la ejecución están involucrados la Administración y los contratistas. En particular, los que no proveen resmas o tubos de ensayo, sino los que construyen. Por eso, darle más estos últimos y hacerlo bajo sus reglas y según lo que imponga el mercado financiero no parece la mejor forma de concretar un paso adelante en contrataciones del Estado y, en particular, de la Administración.

Podemos pensar que los contratos PPP viales fracasaron porque no se consiguió el financiamiento. Así, si se quisiera continuar con PPP, tan solo habría pensar en cómo conseguir financiamiento privado en términos razonables. Además, ya se sabe que en este país contratistas no faltan, lo que faltan son financistas.

Sin embargo, en la película de los contratos PPP pasó mucho más que lo que aparece en la foto del final de los contratos PPP viales. Aquí se hizo un repaso de lo que fue esta primera etapa legal. Se la anunció casi como una solución mágica. Pero la varita estaba rota.

La programación de proyectos PPP fue temeraria, sin dudas. E intuyo que hay consenso en que se debe concretar y realizar todo lo que estaba previsto en los presupuestos 2018 y 2019

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta, Madrid, p. 15 y ss.

por modalidad PPP y más. Argentina necesita obras e infraestructura para robustecer derechos. No obstante, en mi opinión, es evidente que todo eso (todo lo que programó) no debía concretarse con contratos PPP. Primero, nunca quedó claro por qué todo eso se haría con contratos PPP. Mucho menos, por qué haría con PPP todo lo que podía hacerse por concesión de obra pública. Pero, claro, el anterior Gobierno quería hacer de todo con PPP. Creyó en eso. Le salió mal y Argentina perdió, como mínimo, mucho tiempo y dinero.

Por otro lado, según se expuso, hay objetos contractuales que por su calidad y cantidad no deben cursarse por la ley 27.328. Solo la complejidad técnica, las limitaciones presupuestarias y el largo plazo podrían imponer la modalidad PPP. A lo que habría que agregar que, en lo posible, los proyectos que versen sobre la satisfacción directa de derechos fundamentales no queden atados a prioridades privadas. Se debe aceptar que los contratistas hagan su negocio, por supuesto. De hecho, nada indica que hasta ahora con contratos administrativos tradicionales hayan perdido. Pero no se debe conceder que lo hagan trasladando un costo financiero alto (el que se compone, además, de mayores precios finales y de más requerimientos del sector privado) y limitaciones para el Estado y para el interés público. Otra vez: el funcionamiento pasado y actual del Estado no invita a pensar que es, en estas condiciones, el agente perfecto para promover mejores condiciones de vida y derechos, pero es el que tenemos. Y ojalá un día funcione tan bien que se pueda acercar a ese ideal de eficiencia y eficacia.

Si se intentasen de nuevo los contratos PPP, ese intento deberá ocurrir en un contexto de equilibrio financiero del Estado. Con el perfil de deuda que tiene Argentina, parecería que los contratos PPP han entrado en estado hibernación. Ahora bien, coincido con Carlos Balbín¹⁴⁸ respecto a que el fracaso

¹⁴⁸ Ver su exposición en el marco de la jornada "Mito y realidad de los contratos de participación público privada", 29/6/2020, Facultad de Derecho, UBA, disponible en <https://www.>

no se dio por solo por el contexto económico-financiero, sino también por su estructura jurídica¹⁴⁹. Los contratos PPP viales demostraron que la difuminación de las presuntas asimetrías entre las partes terminaron por beneficiar a los contratistas, quienes, bajo el amparo de la “flexibilidad”, impusieron su voluntad en las modificaciones de pliegos, en los contratos y las Adendas. Así, en palabras de Balbín, las reglas nucleares no fueron claras, predeterminadas ni fuertes, sino que fueron establecidas y redefinidas, ya sea directa o indirectamente, por los contratistas. Esos contratos PPP viales quedaron exentos de normas de Derecho administrativo y hasta de orden público y fueron sometidos al financiamiento privado. El final no fue acorde a los presagios de 2016. O quizás sí, si se tomasen como referencia las experiencias en otros países.

Asimismo, de cara a una nueva edición de contratos PPP, será oportuno que se cumplan varias disposiciones de la ley que no fueron debidamente implementadas en los casos viales, por ejemplo, aplicar mecanismos de supervisión (artículo 4 inciso a), ponderar la rentabilidad social de los proyectos (4.e), incentivar la responsabilidad fiscal (6), determinar un equitativo reparto de riesgos (6.b), justificar la modalidad respecto a otras formas contractuales (13.a), evaluar los costos y beneficios (13.h), garantizar la participación y transparencia (14) y excluir a quienes revistan incompatibilidades o no cumplan con las pautas sobre anticorrupción (23 y 24).

Por último, sería conveniente que, en cualquier escenario, el Estado celebre contratos provechosos para la ciudadanía, no para abogados y financistas.

[youtube.com/watch?v=DjtccMGrOU](https://www.youtube.com/watch?v=DjtccMGrOU). También en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/mito-y-realidad-de-los-contratos-de-participacion-publico-privada-ppp/+8063>.

¹⁴⁹ A lo que, por mi parte, agrego: y por una deficiente estrategia política y presupuestaria.

El poder, el sujeto y la interpretación jurídica: un abordaje basado en el pensamiento tardío de Michel Foucault

The power, the subject and legal interpretation: an approach base on the later thought of Michel Foucault

Poder, sujeito e interpretação jurídica: uma abordagem a partir do pensamento tardio de Michel Foucault

Pouvoir, sujet et interprétation juridique: une approche de la pensée tardive de Michel Foucault

权力主体和法律解释:从迟来的思想出发米歇尔福柯 (Michel Foucault)

Juan Emilio Ortiz¹

Universidad Nacional de Rosario, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 84-114

<https://doi.org/10.24215/25251678e511>

Recibido: 16/03/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: En sus últimas investigaciones, Michel Foucault propuso una *ontología del presente*, orientada a explorar el nudo constituido por tres ejes interrelacionados: el eje del saber, el eje del poder y el eje de la subjetividad. El presente trabajo pretende explorar las implicancias este

¹ Profesor y Licenciado en Filosofía egresado de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente es becario del CONICET. Su lugar de trabajo es el IECH (instituto de estudios críticos en humanidades). Email: juane_ortiz@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7213-3265>)

método para pensar la interpretación jurídica. El argumento analizará el conjunto de relaciones que intervienen en la constitución misma de una subjetividad. El régimen de verdad imperante en una sociedad contribuye a la formación de prejuicios, preconceptos y naturalizaciones, que condicionan la interpretación que se hace tanto de la realidad como de la estructura normativa. Siguiendo esta línea, el presente escrito permitirá desarrollar un enfoque que considere las relaciones e implicancias múltiples entre ciertas verdades a las que adscribe un sujeto (el magistrado) y el modo en que se transmiten al dictado de sentencias (que son interpretaciones). Procuraré mostrar que esta vía permite operar en un espacio muy sutil constituido entre el derecho positivo y la praxis interpretativa de los Magistrados. Entiendo que este análisis constituye una cuestión iusfilosófica de gran importancia cuyo tratamiento también le corresponde a la dogmática del derecho.

Palabras Claves: Derecho, Sujeto, Poder, Interpretación Jurídica, Régimen de Verdad, Foucault.

Abstract: In his latest research, Michel Foucault proposed an *ontology of the present* aimed at exploring the knot constituted by three interrelated axes: the axis of knowledge, the axis of power, and the axis of subjectivity. The present work aims to explore the implications of this method to think legal interpretation. The argument will analyze the set of relations that intervene in the very constitution of a subjectivity. The prevailing truth regime in a society contributes to the formation of prejudices, preconceptions, and naturalizations that condition the interpretation of both, reality and the normative structure. Following this line, this writing will allow to develop an approach that considers the multiple relationships and implications between certain truth to which a subject (the magistrate) ascribes and the way in which they are transmitted to the delivery of sentences (which are interpretations). I intend to show that this way allows operating in a very subtle space constituted between positive law and interpretative praxis of the magistrates. I understand that this analysis constitutes a very important ius philosophical question whose treatment also corresponds to the law dogmatic.

Keywords: Law, Subject, Power, Legal interpretation, Regime of truth, Foucault.

Resumo: Em sua última pesquisa, Michel Foucault propôs uma ontologia do presente, com o objetivo de explorar o nó constituído por três eixos inter-relacionados: o eixo do conhecimento, o eixo do poder e o eixo da subjetividade. O presente trabalho pretende explorar as implicações deste método para pensar a interpretação jurídica. A argumentação irá analisar o conjunto de relações que intervêm na própria constituição de uma subjetividade. O regime de verdade vigente em uma sociedade contribui para a formação de preconceitos, pré-conceitos e naturalizações, que condicionam a interpretação que se faz tanto da realidade quanto da estrutura normativa. Nessa linha, esta redação permitirá o desenvolvimento de uma abordagem que considere as múltiplas relações e implicações entre certas verdades a que um sujeito (o magistrado) atribui e a forma como são transmitidas para a entrega de sentenças (que são interpretações). Tentarei mostrar que esse caminho permite operar em um espaço muito sutil constituído entre o direito positivo e a práxis interpretativa dos Magistrados. Entendo que esta análise constitui uma questão filosófica muito importante, cujo tratamento também corresponde à dogmática do direito.

Palavras-chave: Direito, Sujeito, Poder, Interpretação Jurídica, Regime da Verdade, Foucault.

Résumé: Dans ses dernières recherches, Michel Foucault a proposé une ontologie du présent, visant à explorer le nœud constitué de trois axes interdépendants: l'axe du savoir, l'axe du pouvoir et l'axe de la subjectivité. Le présent travail vise à explorer les implications de cette méthode pour réfléchir à l'interprétation juridique. L'argument analysera l'ensemble des relations qui interviennent dans la constitution même d'une subjectivité. Le régime de vérité qui prévaut dans une société contribue à la formation de préjugés, d'idées préconçues et de naturalisations, qui conditionnent l'interprétation faite à la fois de la réalité et de la structure normative. Suivant cette ligne, cette écriture permettra de développer une approche qui considère les multiples relations et implications entre certaines vérités auxquelles un sujet (le magistrat) attribue et la manière dont elles sont transmises à la délivrance de phrases (qui sont des interprétations). J'essaierai de montrer que cette voie permet d'opérer dans un espace très subtil constitué entre le droit positif et la praxis interprétative des magistrats. Je comprends que cette analyse constitue une question philosophique très importante dont le traitement correspond également à la dogmatique du droit.

Mot-clés: Droit, sujet, pouvoir, interprétation juridique, régime de vérité, Foucault.

摘要: 在他的最新研究中米歇尔福柯 (Michel Foucault) 提出了一种当下的本体论旨在探索由三个相互关联的轴所构成的纽结: 知识轴权力轴和主观轴。本工作旨在探讨这种方法对法律解释的影响该论点将分析干预主体性构成的一系列关系。社会中普遍存在的真理制度有助于形成偏见成见和归化从而限制了对现实和规范结构的解释。遵循这一思路本文将允许开发一种方法该方法考虑主题(裁判官)所归属的某些真相与它们传递到句子传递(即解释)的方式之间的多重关系和含意我将尝试表明这种方式可以在实证法与治安法官的解释性实践之间构成的非常微妙的空间中运作我知道, 这种分析构成了一个非常重要的哲学问题, 其处理方法也与法律教条相对应。

关键字: 法律, 主题, 权力, 法律解释, 真相制度, 米歇尔福柯。

I. Introducción

El presente escrito está motivado por la observación de que la dinámica del derecho positivo suele resultar insuficiente para sostener muchas conquistas logradas en materia de derechos humanos. Un ejemplo claro se encuentra en la selectividad discriminatoria que aun realiza el poder punitivo. Hace más de 200 años los códigos establecen que la acción penal sólo puede esgrimirse en función de los actos cometidos y no de las características del autor. No obstante, las sentencias judiciales siguen habilitando el poder punitivo dando muestras de una selectividad alarmante. En América Latina, la mayoría de las condenas recae sobre los ilegalismos de los sectores más vulnerables, es decir, la llamada “delincuencia de subsistencia” (Zaffaroni, 2020, p. 8), estrechamente vinculada a la carencia de otros derechos de tipo social, económico y cultural.² Esta situación,

² El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, insiste en que las consideraciones que se hacen sobre la población carcelaria están atravesadas por la mirada de lo que él llama la “criminología mediática”. Los medios de comunicación juegan con la imagen de que

sumada al abuso de la prisión preventiva en la instancia procesal, se convierte en una forma velada de hacer cumplir un castigo de manera ilegal, es decir, una sentencia sin condena firme ni juicio previo (Art. 18 CN). Estas cuestiones muestran la fragilidad de los desarrollos en materia de derechos positivos. Los avances alcanzados en la tecnología normativa pueden ser insuficientes y convertirse en cualquier momento en retrocesos alarmantes. También pueden quedar anclados en la dialéctica de la *administración diferencial de los ilegalismos* (Cf. Foucault, 2008, p.316). En otros términos, castigo implacable para los más vulnerables, en un modo de producción que genera sistemáticamente pobreza, desigualdad, enfermedad y exclusión.

Ante estos casos cabe preguntarse ¿cuál es el punto singular a partir del cual giran algunas interpretaciones tendenciales, discriminatorias y hegemónicas que condicionan el funcionamiento de los dispositivos (legales, policiales, de salud, etc.)? ¿Qué operaciones, transformaciones, torsiones pueden ser precisas para minimizarlas en el mayor grado posible fortaleciendo una defensa integral de los derechos humanos?

En la presente ocasión, a exploraré el sentido de esas preguntas atendiendo al nudo sintomático que conforman el sujeto, el poder, y la interpretación jurídica. Son muchas las corrientes de filosofía del derecho que abordan este punto relacional³. Sin embargo, la argumentación que sigue procura

la mayor parte de los presos han cometido delitos graves contra la integridad humana. Pero esta idea es falsa: “*La composición de la población carcelaria en la región demuestra que domina la prisionización por hechos que corresponden a la llamada delincuencia de subsistencia, lo que se confirma verificando que el porcentaje de presos por homicidios, delitos contra la integridad física y sexuales, por regla no suele superar el 20% del total.*” (Zaffaroni, 2020, p. 8). Así lo corrobora la publicación de las estadísticas del Sistema Nacional de Información Criminal en Argentina. Con las políticas neoliberales (2018-2019) creció la tasa de delitos contra la propiedad (robos, hurtos) creció significativamente luego de un período de meseta. Los datos pueden consultarse en: <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales>.

³ El profesor Rabbi Baldi destaca, en su reciente libro sobre la Interpretación jurídica, la teoría de Robert Alexy para dar cuenta de tres círculos que operan en el ámbito de las prácticas jurídicas: “el que se manifiesta entre la precomprensión del intérprete y el texto,

evitar toda forma de esencialismo en la consideración de esas dimensiones para analizar la inmanencia e historicidad en juego entre las mismas. En otras palabras, se insistirá en el carácter sobredeterminado de estas instancias, con el fin de mostrar las influencias recíprocas entre un régimen jurídico-político, la constitución de subjetividad, los juicios que esta emite y las decisiones que aprueba o rechaza. Para abordar estas cuestiones, me ceñiré a los desarrollos del último Foucault sobre todo en lo que se refiere a la constitución de la subjetividad dentro de un *régimen de verdad*. Creo que a través de estas ideas, el francés procuró exceder los límites de la tradicional noción del sujeto de derecho (concepción que responde a la doble herencia del iusnaturalismo y del iuspositivismo) sugiriendo un diálogo necesario y urgente entre el derecho y la ética.⁴

II. Genealogía de la tipicidad jurídica

II.1. Más allá del iusnaturalismo y del iuspositivismo

En virtud de lo anterior, es preciso comenzar el análisis mostrando el vínculo entre el derecho y las relaciones sociales. El pensamiento foucaulteano se orienta a realizar una genealogía de las instituciones (el derecho entre ellas), señalando la historicidad de las entidades jurídicas y su vínculo con un

el que vincula las normas al sistema jurídico, y el que relaciona a aquellas con los hechos. Ahora bien, mientras los dos últimos se hallan ya planteados, en esencia, en las tradiciones del positivismo jurídico y de la razón práctica, respectivamente, el primero pertenece, en puridad a la hermenéutica filosófica y constituye, según creemos, su gran aporte al proceso de determinación del derecho.” (RABBA, Baldi, 2020, p. 212). El profesor Manuel Atienza adscribe a una postura similar al considerar las interacciones entre cinco dimensiones en la racionalidad legislativa. La articulación de las mismas se produce a partir de un principio de razón práctica deudor de la ética de la comunicación de Habermas (ATIENZA, 2019, p.65).

⁴ Esta es una línea abierta por Foucault cuando señala: “*tengo la impresión de que en el pensamiento político del siglo XIX -y quizás hiciera falta remontarse más lejos, a Rousseau y Hobbes-, se ha pensado el sujeto político esencialmente como sujeto de derecho, ya sea en términos naturalistas, o bien en los términos del derecho positivo. En cambio, me parece que la cuestión de! sujeto ético es algo que no tiene mucha cabida en el pensamiento político contemporáneo.*” (FOUCAULT, (1999). p. 407).

conjunto de relaciones de poder. Esta vía permite mostrar los factores epistémicos, políticos y económicos que confluyen en la formación de lo que en derecho se conoce como *tipos legales*. Si bien es cierto que Foucault no utilizaba esta terminología técnica, un breve repaso de su método de reflexión puede mostrar la pertinencia de la relación y también ayudar a la teoría jurídica a vincularse de otro modo con la tipicidad.

Un ejemplo claro de esta cuestión se encuentra a lo largo del texto *Vigilar y Castigar*. Allí se analiza la variación entre el contenido de las formas penales en el medioevo y los cambios producidos con el desarrollo de nuevas pautas sociales surgidas a partir del siglo XVIII. En ese texto, el autor muestra que los cambios en las relaciones de fuerzas se traducen en variaciones que afectan a las conductas penadas, a los procedimientos de la intervención jurídica y también a las identidades a las que se aplican. Si en el Antiguo Régimen la descarga punitiva ocurría como respuesta a un desafío esgrimido ante el poder del soberano, en la *Modernidad*, el delito pasará a relacionarse con una conducta anómica que altera la dinámica del trabajo y la riqueza en el modo de producción capitalista:

Con las nuevas formas de acumulación del capital, de relaciones de producción y de estatuto jurídico de la propiedad, todas las prácticas populares que dimanaban, ya bajo una forma tácita, cotidiana, tolerada, ya bajo una forma violenta, de ilegalismo de los derechos, se han volcado a la fuerza sobre el ilegalismo de los bienes. El robo tiende a convertirse en la primera de las escapatorias de la legalidad (...) la economía de los ilegalismos se ha reestructurado con el desarrollo de la sociedad capitalista. (Cf. Foucault, 2008, p.100).

En este proceso también se ven alterados los modos de castigo. Una sociedad capitalista ya no necesita descuartizar o incendiar a un supuesto infractor⁵, sino estimular la vida

⁵ Es preciso insistir en el carácter de “supuestos infractores”, ya que gran parte de la punición en la Edad Media estuvo orientada por los delirios misóginos del Malleus Malleficarum

(reproducción del proletariado) y disciplinar los cuerpos (normalizarlos) para hacerlos producir de la manera más eficiente. El objetivo de la intervención punitiva estará ahora orientado a operar en el origen de la conducta infractora (en el interior del individuo) para evitar que se produzca y, en lo posible, encauzarla hacia la normalidad. La prisión aparece como el modelo típico ideal de esa institución disciplinaria entre otras: la escuela, las fábricas, los hospitales, las instituciones psiquiátricas.

Foucault se alejaba de cualquier ideal de trascendencia para la definición de aquellas unidades discursivas en relación a las cuales se desarrolla la acción institucional. Sus trabajos apuestan a dejar en suspenso las fundamentaciones universales para poner en su lugar una descripción de cómo surgen las tipologías en una trama de relaciones sociales. El objeto de aquellas categorías tales como *delincuente* o *enfermo mental* no tienen una entidad substancial e invariable para cualquier tiempo y lugar. Por el contrario, se encuentran vinculadas a prácticas efectivas vigentes en un momento específico: “*Lo que he querido mostrar es como el sujeto se constituía a sí mismo, de tal o cual forma determinada, como sujeto loco o sano, como sujeto delincuente o no delincuente, a través de un determinado número de prácticas, que eran juegos de verdad, prácticas de poder.*” (Foucault, 1999, p. 403).

De acuerdo con lo anterior, si tuviera que situar a Foucault en el debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, diría que no es posible inscribir sus ideas de manera definitiva en alguna de esas categorías.⁶ Quizá una buena estrategia para aclarar este punto consiste en recurrir a un concepto

que llevaron a la tortura y condena a muerte a gran cantidad de mujeres inocentes acusadas de brujería.

⁶ La cantidad de bibliografía para abordar el tema del iusnaturalismo y del iuspositivismo puede ser muy amplia. Creo que para una caracterización de ambas posturas en relación al problema de la interpretación puede consultarse un trabajo muy reciente del profesor RABBI, Baldi (2020). *Interpretación Jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*. En las primeras páginas del libro el autor realiza de modo sintético una buena exposición de los principales tópicos del positivismo, seguidamente hacer lo propio con las principales corrientes del derecho

que acuña Paul Veyne para referirse a ese dilema generado por el pensamiento foucaulteano. El historiador dirá que en Foucault opera una especie de *positivismo hermenéutico*. Con esa noción paradójica pretende dar cuenta del método particular desarrollado por el filósofo. En cierta forma, sería positivista desde el momento en que no se puede conocer con una certeza metafísica nada sobre el yo, el mundo, el bien. (Cf. Veyne, 2014, p. 24). No obstante, y por las consecuencias de esta misma racionalidad, su enfoque sería también hermenéutico ya que, como señala Veyne: “*no hay experiencia que no sea un modo de pensar. Los hechos históricos pueden no ser independientes de las determinaciones concretas de la historia social, pero, pese a ello, el hombre sólo puede experimentarlas a través del pensamiento.*” (Veyne, 2014, p. 24).⁷

Por consiguiente, a diferencia del iusnaturalismo (sobre todo en su vertiente Moderna), una mirada foucaulteano o genealógica tiende a mostrar que no sería posible definir un contenido originario o trascendente para ciertas tipologías o procesos. Los *tipos* no caen del cielo, sino que son el resultado de tensiones socio políticas en el seno de una cultura determinada. No se postula nada equiparable a un fundamento para definir el *ser substancial* de una identidad o el contenido de un *tipo legal*. Por el contrario, se realza una perspectiva relacional que describe el movimiento incesante y discontinuo de las convenciones sociales. Más que mostrar una esencia o un objeto ya consumado, la lógica de este planteo muestra los juegos estratégicos de relaciones a través de las cuales algunas costumbres

natural, para finalmente anudar ambas perspectivas desde una mirada hermenéutica de la interpretación jurídica deudora de la filosofía de Gadamer.

⁷ Además del trabajo citado en la nota anterior, el profesor español Rodríguez Puerto explica, en un trabajo titulado *Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural*, el vínculo existente entre el derecho natural y la teoría hermenéutica. El autor señala que atender a un contexto social implica el reconocimiento de cuestiones que exceden la pretendida facticidad del texto legal. Hay una realidad social que influye en la elaboración de las reglas, pero que también “*forman parte del ámbito de precomprensión que colabora en la decisión interpretativa del jurista*” (Cf. RODRIGUEZ, Puerto (2010). p. 339-340).

y prácticas derivan en *tipos* y desde allí se deduce una norma que llega a pensarse como *deber ser*.⁸

Por otra parte, y a diferencia del iuspositivismo, la genealogía permite evitar una separación apresurada entre el derecho y los supuestos morales, políticos e ideológicos que condicionan de manera inevitable la formación de las leyes y la interpretación de las mismas. Este modo de reflexión también tiene efectos para la *praxis* jurídica que conducen a mostrar el carácter político y, por qué no, ideológico de las decisiones judiciales. En este sentido, cabe recordar que para Kelsen: “*La teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral*” (Kelsen, 2009, p. 53).

II.2. Genealogía y derecho humanos

Así, la distancia del método de Foucault tanto con respecto al iuspositivismo como respecto al iusnaturalismo puede ofrecer una lección innovadora para la teoría del derecho. Su modo particular de razonar invita a pensar un anudamiento entre los elementos de ambas posiciones al tiempo que las excede, evitando que la reflexión quede cancelada en presupuestos parciales sobre la esencia del derecho. Siguiendo esta lógica, no existiría una norma pura u originaria (ya sea natural o positiva) sobre la cual se efectuaría luego una interpretación adecuada o inadecuada. Por el contrario, el *derecho* mismo ya sería una interpretación (Medici, 2009, p. 188), un punto de vista institucionalizado acerca de una realidad que parece no tener un

⁸ Para la conceptualización de la noción de *tipo penal* estoy siguiendo la noción del Manual de Derecho Penal de los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar. Allí se describe esta dialéctica singular entre la definición de un tipo y la norma que se deduce de él: “*el derecho pena, para reducir las hipótesis, debe valorar acciones como prohibidas o no prohibidas. Para ello, de los tipos deduce normas: del art. 79 deduce no matarás, del art. 162, deduce no hurtarás, etc. En este sentido la norma es un instrumento de lógica jurídica*” (ZAFFARONI, Raúl Eugenio (2006). *et al.*, p. 344-345).

sentido unívoco, sino constituir un campo de posiciones diversas que se entrelazan en una tensión continua.

En este punto, es preciso alejarse de interpretaciones ya obsoletas y limitadas que reducen su teoría a un relativismo irracional o a un rechazo anárquico del derecho y las instituciones. La inexistencia de una norma pura no debe confundirse con la ausencia de un respeto por la dignidad humana. Como prueba palpable de esto último, basta recordar que en el año 1981, en Ginebra, pronunciaba palabras memorables en defensa de los derechos humanos:

Existe una ciudadanía internacional que tiene sus derechos, sus deberes, y que nos compromete a levantarnos contra todo abuso de poder, cualquiera que sea su autor y cualesquiera que sean sus víctimas (...) El sufrimiento de los hombres nunca debe ser un mudo residuo de la política, sino que, por el contrario, constituye el fundamento de un derecho absoluto a levantarse y a dirigirse a aquellos que detentan el poder. (Foucault, 1996 b, p. 211).

Este tipo de expresiones muestra claramente que la reflexión del autor no tiene una inspiración de rechazo absoluto ante una dinámica institucional. Por el contrario, se presenta como una invitación a pensar las herramientas institucionales con un sentido realista y con mucha prudencia.⁹ Es indiscutible que las instituciones tienen la potencialidad de hacernos vivir un poco mejor y encuentran su asiento en un deseo de estabilidad indispensable para el desarrollo de nuestras vidas. No pretendo idealizar los alcances del dispositivo jurídico, pero no creo que sea prudente confundir la dominación, la opresión y la normalización con la substancia misma del derecho, o reducir a este último a ser siempre un mero efecto de un

⁹ Cuando empleo el término realista en el presente escrito, me refiero a una consideración integral de los entes en cuestión, es decir, considera tanto la dimensión lógica y ontológica como la dimensión óptica. En otras palabras, una tal concepción, atiende a la sobredeterminación compleja de factores políticos, ideológicos, económicos y subjetivos que se anudan de un modo singular en cada situación concreta.

poder perverso. Foucault solía aclarar cuando lo entrevistaban que “*no toda relación de poder se limita a constreñir y a forzar*” (Foucault, 1999, p. 118). Hay, de hecho, modos positivos y placenteros de experimentar relaciones de influencia. (Cf. Foucault, 2016, p.151; Cf. Foucault, 1999, p. 413). Del mismo modo, se puede pensar que hay formas positivas y deseables de ejercer el derecho. Por ejemplo, cuando Zaffaroni distingue entre poder jurídico y poder punitivo, y señala que el poder jurídico debería contener o moderar los excesos de la pulsión de policía, se puede hablar de un uso razonable de la tarea judicial. (Zaffaroni, 2020 b, p. 79-80). El problema es que el paradigma neoliberal, como cualquier forma de dominación, conduce a identificar sin más al poder jurídico con el poder de policía, una cuestión que ya advertía Foucault en *Nacimiento de la biopolítica*. La competencia como principio rector de la dinámica económica encuentra en el brazo judicial un modo de administrar el conflicto que genera la desigualdad (Cf. Foucault, 2007 b, p. 211). Y un problema aún mayor es que los jueces, los medios de comunicación y la opinión mayoritaria se toma muy en serio esta creencia y no se cuestiona los efectos de exclusión que la misma produce.

Por consiguiente, si bien es cierto que no toda relación de poder es negativa, es preciso advertir que existen momentos en que estas posiciones de influencia se mantienen fijas y cancelan el flujo dinámico de los agentes sociales que ejercen y sufren esas relaciones. Reflexionar acerca de la estructura institucional y las técnicas gubernamentales es de vital importancia ya que ellas intervienen directamente en la consolidación o la minimización de estos estados de dominación: “*El análisis de estas técnicas es necesario porque, con frecuencia, a través de este género de técnicas es como se establecen y se mantienen los estados de dominación*” (Foucault, 1999, p. 414).

Así, el peligro de la dominación se materializa cuando el juego de la verdad y el poder queda suturado y fijo en torno a prácticas e identidades que se imponen como definitivas,

inmutables y trascendentes. Por esa razón, no se trata de negar la norma, sino de advertir cuando la misma se ampara en fundamentaciones ideales o cuando transgrede de modo ilegítimo el terreno de la universalidad. Allí se encuentra un punto clave de la moral teórica foucaulteana: *“Ser respetuoso cuando una subjetividad se subleva e intransigente desde que el poder transgrede lo universal”* (Foucault, 1999, p. 207). Es posible afirmar entonces que el peligro no radica en la función misma de los *tipos legales* que resultan convenientes para organizar una tarea gubernamental¹⁰, sino en mantener un vínculo idealista con los mismos, que encubra su carácter de ficciones jurídicas y su vínculo con relaciones de poder. En los tiempos actuales, en que los Estados y las personas se encuentran bajo el yugo de un capitalismo financiero agresivo, en que no resultan cuestionadas formas de enriquecerse y de acumular la propiedad que se perciben como naturales, evidentes e incuestionables, es preciso que el ejercicio del derecho se oriente a cuestionar críticamente y evitar, en el mayor grado posible, esas configuraciones dominantes en las técnicas gubernamentales que perjudican el desarrollo integral de personas y comunidades.

III. Subjetividad e interpretación

III.1. Régimen de verdad: inclinación del sujeto ante lo verdadero

Ahora bien, esta tendencia a la dominación señalada más arriba, no se manifiesta sólo en las fundamentaciones trascendentes que subyacen a las prácticas normativas, sino también en el vínculo constitutivo que el sujeto mantiene con aquellas verdades en las que cree firmemente y sedimentan su constitución en sus tramas más singulares e íntimas. Por esta razón, en sus últimas reflexiones, Foucault se enfoca en el nudo que

¹⁰ “Como no puede averiguarse si algo está prohibido sin partir de una previa definición de lo prohibido, el tipo penal siempre es lógicamente necesario.” (ZAFFARONI, Raúl Eugenio (2006). et al, 2006, p. 346).

se produce entre los saberes, las relaciones de poder y la constitución de la subjetividad. En el año 1984 el filósofo reparaba en que una adecuada *ontología del presente* tenía que ser capaz de articular estos tres niveles de reflexión. (Cf. Foucault, 1996, p. 109). Cuando se analiza una relación de poder sólo desde el aspecto de la institución política y se excluyen las complejas relaciones de cada individuo consigo mismo y con los demás, la reflexión puede quedar encasillada en las consideraciones formales de un *sujeto de derecho*. Así, interrogado acerca de la *relación de sí* como punto estratégico para una resistencia política, Foucault respondía:

“si se intenta analizar el poder no a partir de la libertad, de las estrategias y de la gubernamentalidad, sino a partir de la institución política, sólo es posible considerar al sujeto como sujeto de derecho. Estaríamos ante un sujeto dotado o no de derechos y que, mediante la institución de la sociedad política, los ha recibido o perdido: con ello se remite a una concepción jurídica del sujeto. En cambio, la noción de gubernamentalidad permite, eso creo, hacer valer la libertad del sujeto y la relación con los otros, es decir, lo que constituye la materia misma de la ética” (FOUCAULT, Michel, 1999, p. 414).

Los trabajos sobre Foucault y el derecho suelen dejar de lado la cuestión subjetiva, desconociendo esta precisión metodológica de sus últimos textos, pero además omitiendo el hecho de que las técnicas de gobierno se ejercen mediante la articulación de este nudo. En consecuencia, la minimización de los estados de dominación sólo puede surgir de un trabajo que articule esos tres niveles de reflexión, atendiendo a la efectividad de las relaciones de poder. Unas líneas antes del fragmento citado, Foucault expresa literalmente esta cuestión cuando afirma:

El problema no consiste, por tanto, en intentar disolverlas [a las relaciones de poder] en la utopía de una comunicación perfectamente transparente, sino en procurarse las reglas de derecho, las técnicas de gestión y también la moral, el ethos, la práctica de sí, que permitan

en estos juegos de poder, jugar con el mínimo posible de dominación (Foucault, 1999, p. 412).

El presente escrito se presenta como una exploración en este sentido, ya que intenta mostrar el punto de confluencia de este nudo en el desarrollo de las decisiones judiciales. Creo que el ámbito de la *interpretación jurídica* es el punto crucial en el que se manifiesta esta articulación entre las reglas del derecho y la cuestión ética en el sentido en que la entiende Foucault, esto es, como una reflexión acerca de la propia libertad y de la de los demás, estando las personas atravesadas por relaciones de influencia. Por esa razón, cuando hablo de ética en relación al derecho, no propongo nada parecido a esa postura que asusta a muchos juristas y que apuntaría a someter la práctica jurídica a valores morales sobre los que no puede existir un consenso absoluto. Más bien, hago referencia a pensar reglas de derecho que puedan facilitar la vida en libertad, reconociendo la singularidad de los actores sociales y evitando, en el mayor grado posible, dinámicas excluyentes y opresivas en los dispositivos. De allí se deriva la importancia de definir claramente una concepción del sujeto como punto irreductible de toda interpretación y el vínculo que establece con los juegos de verdad en los que se constituye.

En primer lugar, es preciso señalar que al hablar de sujeto en la perspectiva foucaulteana no se hace referencia a nada parecido a una esencia, sino a un pliegue singular que articula múltiples relaciones. No hay subjetividad en la forma de una experiencia originaria o fundamentada por algún universal antropológico ya sea de manera *a priori* o trascendente. El filósofo muestra que eso que llamamos sujeto emerge como efecto de un *régimen de verdad* que actúa como una fuerza constitutiva de las decisiones y pensamientos de un individuo. Así, la subjetividad estaría caracterizada por el lazo entre la vida de este y la fuerza de los saberes y prácticas que se le imponen como verdad: *“la subjetividad se concibe como lo que se constituye y se transforma en la relación que tiene con su propia*

verdad. No hay teoría del sujeto independiente de la relación con la verdad” (Foucault, 2020, p. 28)¹¹.

En segundo lugar, esta noción de *régimen* no consiste en una ley, una prohibición o una ideología que coacciona a una substancia subjetiva dada de antemano. Por el contrario, un *régimen* se configura a partir de una serie de relaciones jurídicas y políticas que se anudan de manera inmanente con las tramas vitales del propio individuo. Creo que se encuentra aquí un proceso complejo y circular que conduce a pensar en la sobre-determinación entre ciertas *tipologías legales*, la formación de los sujetos y conformación matrices de interpretación. El propio Foucault da cuenta de este proceso cuando describe el modo en que las personas quedan ligadas a una forma específica de reproducir determinadas verdades:

ese régimen de verdad, por el cual los hombres quedan atados a la necesidad de manifestarse como objeto de verdad, está ligado a regímenes políticos, jurídicos, etc. En otras palabras, la idea sería que, de lo político a lo epistemológico, la relación por establecer no debe serlo en términos de ideología, y tampoco en términos de utilidad. No debe hacerse a través de nociones como las de ley, prohibición, represión, sino en términos de régimen, de regímenes de verdad articulados con regímenes jurídico-políticos (Foucault, 2014, p. 125).

En este sentido, es claro que existe un sometimiento del sujeto a cierta fuerza de lo verdadero. No obstante, no es un sometimiento “impuesto”, sino constitutivo y, por ende, aceptado “libremente” por el individuo. No se deriva del contenido positivo de los saberes, sino que actúa a la manera de un presupuesto subyacente. No tiene que ver con la deducción lógica que liga a las premisas con una conclusión, pero sí con la aceptación de reglas de juego que no se cuestionan, a la manera de

¹¹ El régimen penal por ejemplo consistiría en “*el conjunto de los procedimientos e instituciones que comprometen, determinan, obligan a los individuos a someterse a leyes de alcance general*” (FOUCAULT, Michel, (2014). p. 116).

una especie de compromiso o profesión de fe (Foucault, 2014, p. 119). Estas reglas de juego, en última instancia, son contingentes y cambiantes, pero al encontrarse operando en múltiples prácticas se tornan incuestionables. Es precisamente allí donde radica la fuerza y la naturalidad con la que se impone un régimen: *“Es esto, lo verdadero mismo, lo que determina su régimen; es lo verdadero mismo lo que constituye la ley y es lo verdadero mismo lo que me obliga. Es verdadero y yo me inclino. Y me inclino porque es verdadero y me inclino en la medida en que lo es”* (Foucault, 2014, p. 118). Aquel que no acepta este régimen de verdad es juzgado precisamente como un loco: *“No puede haber voz de la locura en la filosofía ni en ningún otro sistema racional. No puede haber locos, esto es, no puede haber gente que no acepte el régimen de verdad”* (Foucault, 2014, p. 122).

Este análisis permite suponer que esta fuerza de lo verdadero condiciona tanto las técnicas de gobierno como las interpretaciones normativas. Por esta razón, el individuo se convierte en el agente activo de una verdad. En sus últimos trabajos Foucault advertía que los modos de dominación modulan procesos institucionales externos con prácticas a través de las cuáles el individuo actúa sobre sí y, por ende, en relación a los demás. El filósofo sostenía que sus investigaciones anteriores sobre las prisiones, los asilos, las fábricas, etc., se veían limitadas al no incluir esta dimensión:

Cuando yo estudiaba los asilos, las prisiones y demás, insistía tal vez demasiado en las técnicas de dominación. Lo que podemos llamar ‘disciplina’ es algo en verdad importante en este tipo de instituciones, pero no es más que un aspecto del arte de gobernar a la gente en nuestra sociedad. (...) El poder está hecho de relaciones complejas: esas relaciones involucran un conjunto de técnicas racionales, cuya eficacia proviene de una aleación sutil de tecnologías de coacción y tecnologías de *sī*” (Foucault, 2016, p. 45-46).

Creo que estas ideas muestran la materialidad del nudo conformado entre las verdades a las que adscribe un sujeto, las identidades a las que se aferra y las prácticas políticas y

jurídicas que promueve o rechaza. No tiene demasiado sentido un método que considera sólo una parte de ellas y deja de lado otros aspectos de este conjunto de relaciones. Por consiguiente, si se desea ejercer con responsabilidad una tarea de gobierno, el estudio no debe orientarse únicamente a la aplicación de las reglas del derecho positivo, sino también a concebir la relación de las mismas con un *régimen de verdad* y la interpretación que, inmerso en él, hacen los agentes sociales.

Ahora bien, todo lo anterior conduce a preguntarse, ¿A partir de qué concepción de la verdad los individuos ejercen su libertad?; ¿Qué ideas sobre la propia identidad guían la relación que se establece con uno mismo y con los demás?; ¿qué pasa cuando una verdad que el sujeto tiene acerca de sí adquiere el carácter de una identidad inmutable y se juzga a los demás desde un presupuesto similar?

Es importante meditar sobre estas preguntas. En efecto, allí se ponen en juego actitudes que conducen a la sumisión absoluta ante un régimen naturalizado y a la reproducción pasiva de las diferencias que promueve. Estas ideas permiten deducir que hay factores subjetivos (entiéndase bien, que hacen a la constitución del sujeto en un régimen de relaciones de verdad) que se filtran de manera constitutiva en la interpretación de las normas, a la manera de verdades inconscientes, que el sujeto no puede entrever si no media un proceso de crítica profundo. Cabe aclarar que “inconsciente” no se relaciona aquí con algún fondo instintivo oculto o reprimido, sino con la ceguera respecto a la constitución efectiva de los juegos de verdad. Desde luego que este asunto reviste una gran complejidad, ya que existe una implicación afectiva de los individuos con esos *regímenes* que orientan nuestra vida. Es muy difícil desprenderse de sentidos impuestos a los que nos aferramos en la búsqueda de un sentimiento de previsibilidad y seguridad (esta es, por otra parte, la condición mínima que se anhela mediante el trazado de una normativa).

Muchas veces, antes que interrogarnos acerca de la contingencia de nuestras creencias resulta más cómodo ampararse

en sentidos impuestos, que acrediten la fuerza de una certeza indiscutible y que nos sirva como principio rector de nuestras acciones y juicios. El peligro de esta sumisión ante lo naturalizado es la defensa acérrima de estas verdades e identidades impide un adecuado ejercicio de transformación propia y obtura un efectivo reconocimiento del *otro* en su alteridad, su singularidad y sus necesidades. En una apretada síntesis, temo la transformación, rechazo la alteridad porque, en suma, temo y no acepto la pérdida o la puesta en cuestión de lo que yo mismo soy, de lo que tengo y de lo que creo ser. Este vínculo estrecho entre la relación de sí y la relación con los otros constituye otro de los tópicos tematizados por Foucault en el último tramo de su investigación:

podemos preguntarnos, por ejemplo, cómo se formaron con referencia a la locura, con referencia a la enfermedad, con referencia al crimen, tipos de prácticas que implicaban, la existencia y el desarrollo de discursos veraces sobre la razón alienada, el cuerpo enfermo o el carácter criminal y de qué manera la relación que tenemos con nosotros mismos – *y entiendo por relación con nosotros mismos no simplemente la que tenemos con nuestra propia individualidad, sino la relación que tenemos con los otros en cuanto son también nosotros mismos*– se ve afectada, modificada, transformada, recorrida por la existencia de ese discurso verdadero y los efectos que produce, por las obligaciones que impone y las promesas que sugiere o formula. (Foucault, 2020, p. 28).
[el subrayado es mío]

Atendiendo a este vínculo entre la relación de sí y la relación con los otros, Foucault cuestionará el mito de que el sujeto y el objeto de conocimiento (manteniendo esta distinción clásica a los fines de la exposición) no tienen nada que ver, es decir, que el sujeto puede conocer el mundo de forma neutral, independiente y externa, a la manera del “yo” cartesiano, único islote de tierra firme en el mar de la duda. La posición subjetiva pareciera estar legitimada de antemano y, desde allí, puede

darse a la tarea de conocer el mundo y relacionarse con otros, ignorando el movimiento continuo que establece con múltiples procesos. Así, nuestra tradición filosófica ha separado lo subjetivo de lo objetivo, y ha cultivado la idea de que el individuo no necesita pensar acerca de sí mismo, reflexionar sobre sí mismo, y transformarse a sí mismo para vincularse con los demás, con el mundo y emitir juicios sobre lo real. En *Hermenéutica del sujeto*, el filósofo afirma que esta convicción era muy evidente para los filósofos antiguos precristianos, pero que ha caído en desuso a partir de la doble herencia del cristianismo y el racionalismo moderno.

Me parece que éste es el punto en que asume su lugar y su sentido lo que llamé el “momento cartesiano”, sin querer decir en absoluto que se trata de Descartes, que él fue precisamente su inventor y el primero en hacer esto. Creo que la edad moderna de la historia de la verdad comienza a partir del momento en que lo que permite tener acceso a lo verdadero es el conocimiento mismo, y sólo el conocimiento. Vale decir a partir del momento en que, sin que se le pida ninguna otra cosa, sin que por eso su ser de sujeto se haya modificado o alterado, el filósofo (o el sabio, o simplemente quien busca la verdad) es capaz de reconocer, en sí mismo y por sus meros actos de conocimiento, la verdad, y puede tener acceso a ella. Lo cual no quiere decir, claro está, que la verdad se obtenga sin condiciones. Pero esas condiciones son ahora de dos órdenes, y ninguno de ellos compete a la espiritualidad. (Foucault, 2014 p. 36).

La cita expresa con claridad la problemática desplegada en el presente apartado. La pregunta que surge de esta reflexión es si las prácticas jurídicas no continúan condicionadas por esta separación tajante entre sujeto y objeto, es decir, por un método en el cual los actos de conocimiento, de indagación e interpretación omiten una adecuada consideración de la *relación de sí*. Desde este punto, no parecen una simple anécdota aquellos ejemplos que utiliza Foucault para reparar en la relevancia que adquiriría

en la filosofía antigua el vínculo entre la preparación de sí y la actividad pública. El filósofo hace uso de un episodio en el cual Séneca elogia a Lucilio por combinar el cargo de Procurador con las conveniencias de desarrollar un *arte de sí mismo*:

el *otium estudiantis*, en la medida en que es un arte de sí mismo cuyo objetivo es lograr que el individuo establezca consigo mismo una relación adecuada y suficiente, hace que el individuo no lleve su propio yo, su propia subjetividad, al delirio presuntuoso de un poder que desborde sus funciones reales (...) Pero muy pocos hombres son capaces de hacerlo. La mayoría, dice, se afana en el amor por sí mismo o bien en la repugnancia por sí mismos. (Foucault, 2014 b, p. 359-360).

Las ventajas de este *arte de sí mismo* se revelan a la hora de abstenerse en extralimitar su poder y caer en la trampa de diversos aduladores. La adulación encubre formas de manejo por parte de otros y la sumisión ante los discursos ajenos, que suelen impactar en aquellos individuos que no tienen una *relación de sí* lo más elaborada posible:

En esta ausencia de soledad, en esa incapacidad de establecer consigo mismo una relación plena, adecuada y suficiente, interviene el Otro, que va a llenar en cierto modo esta laguna, que va a sustituir o mejor dicho a colmar esa inadecuación mediante un discurso (...) El adulado, por la insuficiencia de su relación consigo mismo, queda colocado bajo la dependencia del adulador, adulador que es otro y puede, por tanto, desaparecer, transformar su adulación en maldad, trampa, etc. (Foucault, 2014, p. 361).

Hay una gran riqueza en esta interpretación que hace Foucault del discurso de Séneca. Allí se puede rastrear la vieja preocupación del francés por analizar la función de poder y los efectos de sujeto. Más interesante aún resulta atender al desarrollo de un *arte de sí* para evitar que el yo se extralimite, esto es, impedir que la propia subjetividad se desborde en la dinámica de su influencia sobre los demás y que, en ese movimiento,

pueda ser manejada por discursos engañosos y movida hacia una acción cuestionable para con los demás. Se puede extraer de aquí una lección fundamental para el tema de este escrito. En efecto, esta reflexión puede contribuir a desconectar o al menos advertir los efectos espontáneos de un *régimen de verdad* para emitir juicios sobre los conflictos legales.

III.2. El carácter inevitable de la interpretación jurídica

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de estas ideas para abordar los aspectos más concretos de la interpretación jurídica?

En primer lugar, creo que este análisis conduce a pensar que los presupuestos de un *régimen de verdad* operan en todas las producciones de una subjetividad. En el ámbito judicial condicionan tanto la emisión de una sentencia, como la producción de un dictamen o un abordaje de la realidad que deriva en la formación de un *tipo legal*. La reflexión de Foucault, al apartarse de lo que define como “momento cartesiano”, invita a considerar una interrelación permanente entre el sujeto y el objeto (entre el interpretante y la ley también manteniendo una distinción clásica). La desconexión de este nudo no se produce nunca. Por lo tanto, cuando el sujeto se piensa de modo trascendente, desconectado de otros procesos y saberes, se pierde de vista su imbricación efectiva con aquello que produce. En otros términos, se oscurece ese proceso mencionado por el cual el “yo” se extralimita y puede reforzar ciertas interpretaciones naturalizadas de la realidad. Si, como dije más arriba, el derecho es una interpretación, desconocer esta implicación, aceptar pasivamente (sin crítica) lo que impone un *régimen de veridicción*, conduce a perder de vista la interpretación que se hace de esa interpretación.¹² Y esto es un problema delicado,

¹² En este sentido, es interesante una reflexión de Alejandro Medici cuando señala: “No existe diferencia sustancial entre creación, fundamentación y aplicación del derecho ya que las tres son momentos de interpretación. Las prácticas jurídicas, en tanto tales, son interpretaciones de interpretaciones, re examen de producciones de sentido. No existe, como lo pinta el fetichismo jurídico la norma u el orden normativo en su realidad y objetividad y luego

ya que supone no poder exceder naturalizaciones que la teoría y la práctica del derecho debe poder atravesar.

Se sabe, por ejemplo, que robar constituye una violación a las normas. Pero se condenan con mayor frecuencia algunos sujetos que roban y se deja impune a otros. A nadie se le ocurrió hasta ahora tipificar como un robo los excesos de la especulación financiera a pesar de su comprobado efecto en el detrimento de las economías. Recurriendo a un ejemplo de otro fuero, se sabe que nuestro sistema judicial entiende por compulsivo o adicto a una persona que consume tóxicos y ese criterio generalmente recae sobre aquellas personas que también viven grandes carencias¹³. No obstante, no se nos pasa por la cabeza que un compulsivo pueda ser también alguien que desea acumular y acumular dinero más allá del cualquier consumo posible en una vida humana (incluso en varias) y que entorpece con ese deseo los intentos de generar una economía más igualitaria. No es mi intención hacer un juicio moral sobre estas cuestiones. Sólo pretendo señalar que son ejemplos interesantes para poner de manifiesto el sentido común dominante con el que operan algunas distinciones legales. En esta línea, el caso de la pena ilícita citado al inicio parece constituir un ejemplo típico de formas hegemónicas de interpretar la ley penal que se encuentran consolidadas y ante las cuáles no es sencillo trazar vías de apertura. Es interesante al respecto una

su interpretación. Las normas y el orden jurídico son ya siempre un cierto régimen de enlace histórico entre significantes-significados.” (MEDICI, Alejandro (2009). p. 188).

¹³ Para una interpretación amplia y actual del problema de las adicciones, puede consultarse el trabajo de Ernesto Sinatra *Adixiones* (2020). Allí el psicoanalista señala que, si bien el consumo de tóxicos es independiente de factores sociales y económicos, no puede negarse que las condiciones sociales actúan como un agravante en este tipo de conductas: *“La euforia del flash no deja de ser un lenitivo contra la tristeza, hoy incrementada por la insatisfacción que alimentan la pobreza y el hambre, y si bien se tratan de actos omitidos en la orientación del deseo más allá de las diferencias sociales y económicas, el vértigo del envenenamiento adictivo de la inmediata disforia del paco establece una diferencia mortal. Los individuos afectados por la pobreza están más expuestos a la destrucción por tener una menor red social de contención”* (SINATRA, Ernesto (2020). *Adixiones*, p. 180-181).

reflexión de Zaffaroni cuando sugiere que el sistema penal tiende a agravar las penas de acuerdo a la situación singular de los bienes lesionados, pero no hace lo propio cuando se trata de disminuir las penas considerando las condiciones sociales, los entrenamientos diferenciales y los estereotipos que sufren quienes infringen la norma:

Hurtar diez vacas siempre será un delito, y sustraerlas de un rodeo de miles de cabezas provoca una lesión incuestionable al patrimonio, pero si se le hurtan las diez vacas lecheras a quien sólo dispone de esos animales para producir leche, venderla y mantener a su familia, sin duda que se produce un daño mayor (...) Así como se debe cuantificar el contenido ilícito del delito tomando en cuenta la pluriofensividad natural de todo conflicto tipificado, también deben tomarse en cuenta las condiciones subjetivas del infractor para determinar el grado de culpabilidad. (Zaffaroni, 2020 b, p.189).

En segundo lugar, esta implicación del sujeto en un acto de interpretación pone de manifiesto que la misma es constitutiva con respecto a la práctica judicial. En otros términos, la interpretación es inevitable. La tradición positivista ha transmitido la idea de que la interpretación sólo se reduce a los pocos casos en los cuales la ambigüedad de la norma no permite ceñirse enteramente a la letra de la ley. La norma sería una herramienta casi perfecta y con un razonamiento deductivo adecuado podría aplicarse estrictamente a la realidad. Sin embargo, los ejemplos anteriores también son útiles para mostrar que el ejercicio del derecho no se encuentra exento de contradicciones conectadas con el régimen de poder y verdad imperante en una sociedad.

En su libro titulado *Interpretación Jurídica* (2020) el profesor Rabbi Baldi analiza detenidamente esta tendencia del positivismo: “*De modo general, el positivismo jurídico consideró el fenómeno interpretativo como una actividad no sólo ‘anexa’ o ‘eventual’ esto es, de necesaria excepcionalidad o, si se prefiere, enteramente residual, sino, además, como una tarea peligrosa y hasta ilícita*” (Rabbi Baldi, 2020, p. 14). El asunto

reviste una gran importancia para el tema de este escrito, ya que no reconocer el carácter inevitable de la interpretación puede derivar en una discrecionalidad arbitraria a la hora de intervenir frente a las ambigüedades de la ley. El problema del supuesto positivista es que, ante casos de lagunas normativas o contradicciones en el texto legal, un juez quedaría librado a actuar conforme a su propio criterio, únicamente guiado por sus convicciones morales y políticas (Rabbi Baldi, 2020, p. 32). Conforme lo analizado en el apartado anterior, esta cuestión reviste una singular gravedad por el nivel de imprevisibilidad que le otorgaría a las decisiones judiciales y por la consecuente filtración de prejuicios que pueden redundar en prácticas jurídicas injustas.

Para arrojar luz sobre esta cuestión, el profesor argentino realiza una investigación detallada del fenómeno de la interpretación. A través de la filosofía de Heidegger y Gadamer arriba a un interesante reconocimiento del círculo hermenéutico entre la precomprensión como base de cualquier decisión y el sentido que se atribuye al texto legal (Rabbi Baldi, 2020, p. 224). Siguiendo esta lógica, el libro finaliza con una propuesta superadora de la oposición tajante entre un iuspositivismo que sigue a rajatabla la letra la ley y un iusnaturalismo hermenéutico modificador permanente del texto: *“Frente a esos extremos, se reivindica en este libro el papel del juez “intérprete”, es decir, el que con “fecundo sentido constitucional” optimiza los textos constitucionales haciéndoles rendir frutos más allá de su letra y del momento en que fueron creados”* (Rabbi Baldi, 2020, p. 300). El espíritu de este trabajo tiende a coincidir con el tema del presente escrito por cuanto reivindica la interpretación jurídica y procede a considerar la intervención de los prejuicios del interprete en la decisión judicial.

No obstante, considero que no ahonda lo suficiente en la constitución relacional de la entidad subjetiva vinculada a diferentes *regímenes de verdad*. El argumento de Rabbi Baldi mantiene en muchos de sus tramos los supuestos de la ética

comunicativa y la racionalidad práctica de autores como Alexy, Atienza, Apel y Habermas (Cf. Rabbi Baldi, 2020, p. 107). También se apuntala con aspectos del iusnaturalismo de Santo Tomás para pensar el proceso judicial como instancia superadora de diálogo (Cf. Rabbi Baldi, 2020, p. 116) y de la costumbre como fundamento del derecho (Cf. Rabbi Baldi, p. 125). Sin negar la relevancia de estas posturas, el presente escrito se propone evitar el recurso a este tipo *apriorismo* tanto en su aspecto metodológico, como en el referido a la fundamentación de los procesos y la entidad de los agentes que intervienen. La explicación para esta decisión radica en la sencilla razón de que esa vía puede oscurecer los vínculos efectivos y materiales entre las instituciones, las subjetividades y las relaciones de poder. Entiendo que estas formas de naturalismo merecen ser problematizadas si se aspira a una mirada crítica hacia las imposiciones que generan los *regímenes de verdad*. Al respecto resulta interesante una opinión que ya el propio Foucault esgrimía ante las críticas de Habermas. El francés no se mostraba totalmente en desacuerdo con los fines éticos perseguidos por el pensador alemán. Nadie en su sano juicio negaría que es mejor sentarse a hablar un problema que entregarse a su resolución violenta. Tampoco podría negarse la importancia del derecho como resolución razonada de conflictos. Sin embargo, Foucault sí mantenía algunos reparos respecto al utopismo de la propuesta habermasiana por la razón de que parte de una consideración un tanto ideal del entendimiento comunicativo que desconoce las posiciones diferenciales y las relaciones de poder reales que operan en el campo social e intersubjetivo. Al respecto, vale la pena considerar esta observación que hace Foucault en una entrevista que ya he citado:

Sin duda me intereso por lo que hace Habermas y sé que no está en absoluto de acuerdo con lo que digo – yo estoy un poco más de acuerdo con lo que él dice-, pero hay sin embargo, algo que para mí constituye siempre un problema: es cuando él otorga a las relaciones de comunicación este lugar tan importante y, sobre todo,

una función que llamaría utópica. La idea de que podrá existir un estado de comunicación de tal índole que los juegos de verdad puedan circular en él sin obstáculos, sin coacciones y sin efectos coercitivos, me parecen del orden de la utopía. (Foucault, 1999, p .412).

Por otro lado, se puede destacar que la concepción foucaultea promueve no sólo el reconocimiento de los prejuicios que anidan en una interpretación, sino que da un paso más sugiriendo una ascesis, es decir, un modo de abordar la *relación de sí* en vistas a evitar las extralimitaciones del “yo” que puedan crear una relación opresiva para consigo mismo y con los demás. No es este el lugar para abordar en detalle este punto de la obra del francés, pero puede el lector si le interesa consultar mucha bibliografía respecto a este punto¹⁴. Me limitaré decir que, en la línea de ese *arte de sí mismo* mencionado más arriba, los últimos momentos de la reflexión foucaultea giran en torno a la constitución de una subjetividad ética capaz de establecer una relación de sí plena y abierta a los demás sin recurrir a ninguna utopía, ningún universal antropológico y desde una aceptación cabal de los juegos estratégicos de poder.

Por último, y atendiendo precisamente a esta cuestión estratégica, la filosofía de Foucault ofrece un poderoso método para la comprensión de la trama relacional que interviene en el fenómeno interpretativo. En esta línea, considerar esas relaciones entre los saberes, las relaciones de poder, y la subjetividad, invita a formar una concepción integral de los factores que entran en juego. Es sabido que, muchas veces, tanto la creación de nuevos tipos legales, como las sentencias de los magistrados y, por ende, las argumentaciones de las partes en

¹⁴ Entre algunos trabajos ya consagrados se encuentran CASTRO ORELLANA, Rodrigo (2006). *Ética para un rostro de arena: Michel Foucault y el cuidado de la libertad. Tesis doctoral*; también se destaca el trabajo del alemán SCHIMDT, Wilhelm (2002). *En busca de un nuevo arte de vivir. La pregunta por el fundamento y la nueva fundamentación de la ética en Foucault*. Entre los más recientes se podría destacar: SAUQUILLO, Julián (2016). *Subjetividad y verdad: el recorrido de Michel Foucault en el College de France*, y en el contexto nacional FARRAN, Roque (2018). *El uso de los saberes*.

un proceso están fuertemente condicionadas por la opinión pública y el interés de los medios de comunicación. El temor a los costos políticos ante una interpretación que no siga al pie de la letra los dictados de la mirada hegemónica constituye un problema permanente. El concepto de “puerta giratoria de los delincuentes”, una interpretación estimulada por los medios, que manipula hábilmente el desconocimiento general acerca de las fundamentaciones sobre el debido proceso, es un ejemplo muy común que deriva en el incremento del poder punitivo descargado sobre ciertos sectores. Este tipo de presiones son cruciales para pensar la *interpretación jurídica*. Dependiendo de la situación particular, la presión de las relaciones puede adquirir dos formas peligrosas por sus consecuencias: o bien pueden generar una interpretación apegada estrictamente al texto de la ley, es decir, cuando un magistrado teme que los costos políticos de una decisión discrecional puedan ser muy grandes. En ese sentido surgen decisiones que descargan poder punitivo sobre sectores vulnerables y no tanto sobre otros sectores; o bien, una interpretación que hace uso de una gran discrecionalidad y que no esta tan apegada al texto de la ley. Por ejemplo, el mencionado caso de la prisión preventiva. Aun siendo esta forma procesal de aplicación singular cuando hay pruebas de que el acusado pueda entorpecer el proceso, suele utilizarse como una manera de dar un castigo sin juicio para evitar, entre otras cosas, la sentencia mediática que acusa a los jueces de ser demasiado flexibles. Frente a estas cuestiones, resuenan con una fuerza particular esas dependencias ante los discursos de *Otros* (señalado más arriba a propósito de Séneca) que pueden desestabilizar las decisiones adecuadas. Y ante esas formas de discurso se aprecia la necesidad de una formación integral de quienes tienen en sus manos la administración del derecho. Esta formación, por supuesto que depende de la calidad técnica y jurídica del agente en cuestión, pero no se limitan a eso, sino también a la preparación en cuestiones de otra índole que apuntan a saber qué hacer y cómo posicionarse ante el avance de discursos engañosos.

Siguiendo esta lógica, el presente escrito concibe la *interpretación jurídica* de un modo amplio que atañe tanto a la que realizan del texto de las leyes abogados, magistrados y demás agentes judiciales, como aquellas que hacen de la realidad otros agentes sociales y que deriva en la creación de nuevos *tipos legales*. Es cierto que un análisis pormenorizado de la racionalidad legal implicaría separar lo que corresponde a la legislación de una ley y al proceso de deducción y aplicación de la misma (diferencia entre la racionalidad legislativa y la judicial). En su texto *Argumentación legislativa* (2019) el filósofo Manuel Atienza aborda con detalles esta distinción. Sin embargo, las herramientas elaboradas en el presente escrito se aplican en ambas dimensiones. Tanto en una como en otra intervienen los presupuestos de un *régimen de verdad*. En un caso para pensar la creación o reinterpretación de ciertos *tipos* y, en otro, operando en las decisiones que se toman para la aplicación de los mismos.

IV. Conclusiones

La hipótesis central de este trabajo consistió en mostrar que la filosofía del derecho debe pensar seriamente el nudo señalado entre las verdades que orientan la acción de un sujeto, el modo en que el mismo se vincula con las normas, y los juicios que emite acerca de los demás. Si este vínculo es idealista y no atiende a la materialidad del nudo señalado, la práctica del derecho puede devenir en mero formalismo funcional a intereses corporizados. Desde esta convicción, creo que el enfoque abordado permite desarrollar una concepción de la *interpretación jurídica* estrechamente vinculada al desarrollo de un sujeto ético, es decir, un ser capaz de posicionarse críticamente ante los excesos de un régimen de verdad dominante. En este sentido, permite superar a un tiempo dos extremos: por un lado, los riesgos del antiguo derecho natural, basado en ideas sustanciales acerca de los procesos legales y el contenido de la persona humana, que pueden convertirse en formas de legitimar

ciertas diferencias; por otro, permite problematizar también la neutralidad positivista, ofreciendo un modo de reflexión crítica acerca de los presupuestos de un *régimen de verdad y poder*.

Alejándose de estos extremos, la línea propuesta puede ser útil para realizar una vigilancia permanente sobre el fenómeno interpretativo con el objetivo de evitar o, al menos, comprender cabalmente aquellos elementos que se filtran de modo constitutivo en la creación y la interpretación de los *tipos legales*. Considero que esta es una dimensión práctica de la reflexión que puede contribuir a un efectivo reconocimiento de los demás seres. En efecto, subyace a este planteo una filosofía del sujeto relacional, que no postula ningún contenido esencial sobre la substancia de la persona, sino que invita a considerar y respetar a los demás en la paradoja de su constitución singular y de su deseo irreductible.¹⁵ Creo que uno de los ejemplos más recientes en esta línea, podría encontrarse en la despenalización de la interrupción del embarazo alcanzada en la Argentina en diciembre de 2020. Esta conquista en materia de derechos supuso una reinterpretación radical de un antiguo *tipo penal* hecha en función de un reconocimiento de la condición singular de muchas mujeres. Para su abolición fue necesario un largo proceso de lucha y crítica hacia las imposiciones del patriarcado como *régimen de verdad*.

Por otra parte, es cierto que, así como siempre va a existir un vacío en un sistema de leyes (incompletitud propia de todo sistema) siempre va a emerger la singularidad de un sujeto en toda interpretación. Por esa razón, se puede decir que en esta hipótesis subyace también un vínculo particular entre filosofía,

¹⁵ En un trabajo anterior he analizado con más detalle el “contenido” de los derechos que podrían deducirse de la filosofía de Foucault: “... creo que el argumento que he expuesto en el presente trabajo puede contribuir a promover un ejercicio del derecho que no se piensa desde un lugar más fundamental (ya sea trascendental o trascendente) o desde la defensa de algún principio de superioridad étnica, racial, nacional, racional, etc. Por el contrario, se define en una relación de inmanencia respecto a los procesos sociales y sin una postulación esencial con respecto a su contenido.” (Autor, 2019, p. 244).

derecho y psicoanálisis. El proceso de advertir y reconocer este anudamiento entre la subjetividad, la verdad y el poder, constituye un paso imprescindible para evitar caer en interpretaciones jurídicas que pueden ser injustas. Lacan, por ejemplo, sostenía que sólo un reconocimiento del síntoma puede romper la implicación entre el individuo y su conducta, es decir, cuestionar los efectos de su trama vivencial espontánea e inconsciente.¹⁶ En consecuencia, considero que estudiar el nudo constituido por estas dimensiones podría aportar cambios significativos en el modo en el que se piensa y realiza la tarea judicial.

Por último, si hay una cláusula consagrada de los derechos humanos que establece que una persona no puede ser juzgada por un juez dependiente (Slokar, 2020, p. 2; DUDH Art. 10), también sería deseable, por el espíritu de dicho principio, que un juez afine, trabaje y reflexione en esta relación consigo mismo para no caer en dependencias más profundas con algunos intereses, prácticas y supuestos naturalizados. Si, por otra parte, se afirma que las sentencias son actos políticos (Zaffaroni, 2019, p. 46; Slokar, 2020, p. 2-3) sería preciso señalar que también son interpretaciones subjetivas, y reflexionar, desde los tramos formativos y prácticos del derecho, sobre esta compleja relación entre el poder, el sujeto y la interpretación jurídica.

¹⁶ *“El sujeto tiene que darse cuenta de que eso funciona así. Este reconocimiento no es un efecto separado del funcionamiento de este síntoma, no es epifenomenal. El síntoma sólo queda constituido cuando el sujeto se percató de él (...) Tan sólo por este lado se rompe la implicación del sujeto en su conducta, y esa ruptura es la complementación necesaria para que el síntoma sea abordable para nosotros. Este signo no constituye sólo un paso en lo que podría ser la inteligencia de la situación, es algo más, que es esencial en la cura de la obsesión.”* (LACAN, Jacques, 2007. p.303).

La dolarización del comercio granario argentino y su administración en el concurso preventivo: cuando la productividad y el empleo pierden para que gane la especulación

The dollarization of the Argentine granary trade and its administration in the preventive bankruptcy: when productivity and employment lose for speculation to win

A dolarização do comércio celeiro argentino e sua administração na falência preventiva: quando a produtividade e o emprego perdem para a especulação ganhar

La dollarisation du commerce du grenier argentin et son administration dans la faillite préventive : quand productivité et emploi perdent pour que la spéculation gagne

在预防性破产中阿根廷谷物贸易的美元化及其管理: 当生产力和就业丧失以投机取胜时

Javier Ortega¹

Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 115-146

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e512>

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 15/09/2021

¹ Abogado (UNSTA). Máster en Desarrollo Económico (UNIA). Doctor en Derecho Público y Economía de Gobierno (UNT). Doctor en Ciencia Política, Administración y RRII (UCM). Docente Universitario (UNDAV). Docente de Postgrado (UCES). Email: rjavieros@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2535-3972>).

Resumen: En este trabajo pretendemos mostrar cómo la interpretación de la ley concursal, aislada de otras fuentes del derecho y sin una mirada que contextualice lo socioeconómico, resulta en un factor que acelera y profundiza las inequidades sociales preexistentes.

Palabras clave: derecho concursal; justicia distributiva, dolarización; complejo agroexportador.

Abstract: In this work we intend to show how the interpretation of bankruptcy law, isolated from other sources of law and without a perspective that contextualizes the socioeconomic, results in a factor that accelerates and deepens pre-existing social inequalities.

Keywords: bankruptcy law; distributive justice, dollarization; agro-export complex.

Resumo: Neste trabalho pretendemos mostrar como a interpretação do direito da falência, isolada de outras fontes do direito e sem uma perspectiva que contextualize o socioeconômico, resulta em um fator que acelera e aprofunda as desigualdades sociais pré-existentes.

Palavras-chave: lei de falências; justiça distributiva, dolarização; complexo agroexportador.

Résumé: Dans cet article, nous entendons montrer comment l'interprétation du droit de la faillite, isolée des autres sources du droit et sans perspective qui contextualise le socio-économique, aboutit à un facteur qui accélère et approfondit les inégalités sociales préexistantes.

Mot-clés: droit de la faillite; justice distributive, dollarisation; complexe agro-export.

摘要: 在这项工作中我们打算展示与其他法律渊源隔离开来且没有将社会经济背景相关的观点所导致的破产法解释如何导致加速和加深先前存在的社会不平等的因素。

关键字: 破产法, 分配正义, 美元化, 农产品出口综合体。

I. Resumen

Principiamos por mencionar algunas pautas generales imprescindibles para la hermenéutica judicial. Eligiendo como

escenario de análisis concreto al de la actividad agroindustrial destinada a la exportación, analizaremos una característica estructural del comercio de granos y derivados: la dolarización como referencia de precio. Abordaremos las causas de este fenómeno como sus consecuencias en la deslocalización de la renta y las dificultades para la reproducción del capital en los territorios. Luego, nos adentraremos en cómo este régimen es parte de una política de Estado que se sostiene desde hace décadas, y que es funcional a la transnacionalización y oligopsonio en el comercio mundial de cereales y oleaginosas. A continuación, veremos cómo estas políticas se terminan por institucionalizar en normativa jurídica, algo a lo que no escapa la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ). A partir de allí, nos detendremos en la mala técnica legislativa de tal digesto, donde reñidamente con la realidad, se soslaya el hecho de que el paso del tiempo licua las acreencias en moneda nacional e incrementa las nominadas en divisas. Seguidamente, consideraremos las consecuencias que tendría una lectura descontextualizada de la LCQ por parte del Magistrado y como ésta potenciaría las inequidades preexistentes.

Para trabajar en esta argumentación, recalaremos en la experiencia de la sentencia de verificación y admisibilidad de insinuaciones crediticias en los autos VICENTÍN SAIC S/ concurso preventivo. Ofreceremos otras posibilidades de interpretación de la normativa concursal de la que se registró en esos autos, conglobada con los principios generales del Derecho, las garantías del bloque de constitucionalidad, la noción de equidad y la Justicia Distributiva. Introduciremos como fuente también al Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y la normativa específica para el comercio de granos que no fue tenida en cuenta en los autos mencionados. Cerrando, efectuaremos consideraciones superadoras de la tarea del Poder Judicial, de manera que se erija como un actor estatal contra-cíclico que prevenga y repare los desequilibrios en la asignación de recursos en la sociedad.

II. Elementos para una hermenéutica judicial

Hay elementos que son constitutivos del cometido del Magistrado al interpretar la legislación positiva. Aquí referiremos al ejercicio de la equidad y la lectura de la ley respetando los principios generales del Derecho.

En cuanto a la equidad, es el parámetro que debe emplear el Juez para fallar en los casos concretos que llegan a su decisión. Es la Justicia en acción, la que debe elevarse sobre la letra fría de la ley. La humanización del dictum literal. La equidad proviene del latín *aequitas*, que refiere a la aplicación de la virtud de la Justicia en cada caso concreto. La constante y perpetua voluntad de estar dando a cada quien lo suyo, según su Derecho. En su ejercicio, el Juez debe considerar las circunstancias personales de las partes en el juicio. La ley es una sola, pero su aplicación no tendrá las mismas consecuencias para una persona poderosa que para una persona humilde. La idea de la equidad en la función judicial deviene de la *epiqueya*, que es la acción hermenéutica (lectura e interpretación del texto legal) que le permite al Juez conectar el texto con la vida real, liberándose de una automaticidad farisea.

Respecto a los principios generales del Derecho, son criterios universales de ética social, lógicos, de valores jurídicos, obtenidos de la racionalidad del ser humano. En ellos se funda el sistema jurídico. No necesariamente tienen que estar escritos o codificados.

Entre estos principios generales ordenadores del Derecho, en orden al tema a tratar en estas líneas, tocaremos algunos. Como el de *rebus sic stantibus*. Significa que debe tenerse en cuenta las condiciones imperantes, reales, materiales de la coyuntura al momento que fue pactado un acto jurídico. Si, posteriormente, un cambio subrepticio desnaturalizó lo que fue la intención y espíritu original del acto jurídico pactado, entonces se debe modificar los términos en los que se deberá cumplir lo pactado. Sobre todo, cuando el cumplimiento literal, descontextualizado

de la nueva realidad, irrogaría un menoscabo desproporcionado para una de las partes en provecho de la otra. Por ende, el rebus sic stantibus (“estando así las cosas ahora”) manda a contemplar los cambios en las variables de origen y en las presentes, al momento de determinar que alcance posible de los compromisos asumidos.

En línea con esto, se encuentra otro principio general del Derecho: *Iure natura eaequum est neminen cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*². No resulta legítimo que alguien se enriquezca a expensa del daño o lesión que padezca otro.

Por último, mencionaremos otro principio general del Derecho: *Lex specialis derogat legi generali*. En Derecho, lo específico prevalecerá sobre lo genérico, en tanto esto no vulnere el Orden Público.

III. La justicia distributiva

La noción de Justicia Distributiva se ordena a la correcta y equilibrada asignación de bienes en una sociedad desequilibrada materialmente. Supera la idea de la equivalencia abstracta, de la igualdad solo existente en la ficción.

La Justicia Distributiva podría definirse como la voluntad de estar dando a cada uno lo que le corresponde según su Derecho... pero atendiendo a las condiciones reales, en procura de subsanar la indebida distribución de recursos en una sociedad. Y esa subsanación es misión del Derecho.

La Justicia Distributiva colisiona con la justicia conmutativa (equivalencias de los intercambios entre sujetos irrealmente iguales) retributiva (proporcionalidad de los resultados reparadores presumiendo un punto de partida equilibrado) o procedimental (respeto por las formas de la administración de Justicia. La Justicia distributiva se eleva por sobre esto. Uno

² Es justo por Derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro.

de los autores más prominentes de la Justicia Distributiva es el filósofo John Rawls, quien sostiene:

“Nuestro tema es de Justicia social. Para nosotros el objeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los Derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por instituciones más importantes entiendo la Constitución Política y las principales disposiciones económicas y sociales”³.

Siendo el Derecho un producto de la cultura aparecido para ordenar la vida social en un determinado tiempo y lugar, la aplicación del mismo no prescinde de la realidad del contexto social (con sus relaciones de dominación) a la cual se aplica.

IV. El modelo de valorización financiera

Los autores Arceo y Basualdo definen el modelo de valorización financiera como

“la colocación de excedente por parte de las grandes firmas en diversos activos financieros (títulos, bonos, depósitos, etc.) en el mercado interno e internacional. Este proceso, que irrumpe y es predominante en la economía argentina desde fines de la década de los años setenta, se expande debido a que las tasas de interés, o la vinculación entre ellas, supera la rentabilidad de las diversas actividades económicas, y a que el acelerado crecimiento del endeudamiento externo posibilita la remisión de capital local al exterior al operar como una masa de excedente valorizable y/o al liberar las utilidades para esos fines⁴” (el resaltado nos pertenece)

³ RAWLS, John (1997). *Teoría de la Justicia*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, pp. 20.

⁴ BASUALDO, Eduardo, et al (2002). *El proceso de privatización en Argentina. La renegociación con las empresas privatizadas*, FLACSO/Universidad Nacional de Quilmes/IDEP/Página 12.

La economía argentina es fuertemente dependiente y transnacionalizada. La Encuesta Nacional a Grandes Empresas (ENGE) de INDEC para el año 2019⁵, nos muestra que de las 500 empresas más grandes de la Argentina, 309 son de capital transnacional. Y estas empresas con capital transnacionalizado, son las responsables del 80,5 por ciento de la actividad exportadora de toda la cúpula. Sin embargo, demandan solo el 61,55 por ciento del empleo de la misma. Esto evidencia una productividad de tipo extractivo, de baja intensidad en generación de trabajo. Y a la vez, dado el esquema transnacional de composición de su capital, se configurarán como grandes demandantes de divisas para poder remitir las utilidades que obtengan en el territorio a sus casas matrices en el exterior.

Vertebrador de este modelo de giro al exterior del excedente producido en el territorio, es contar con la posibilidad de monetizar las utilidades en dólares sin restricciones legales (operaciones en el mercado de cambio, compra de títulos en pesos y su posterior liquidación dólares, etc.). O tener múltiples vías para atesorarlos (cuentas bancarias en dólares o cajas de seguridad). También establecerlos como medio de pago ordinario de transacciones locales. Y, sobre todo, de una institucionalidad que permita sacarlos libremente del país (remisión de utilidades a casas matrices, bonos, acciones y títulos dolarizados) algo que incluye la manipulación de los precios de transferencia. Detengámonos en este último ítem para que veamos las magnitudes y las implicancias para la economía nacional que tiene la dolarización y migración del excedente.

Cuando hablamos de precios de transferencia, nos referimos a las operaciones entre corporaciones privadas transnacionales de pagos y cobros en divisas en el comercio exterior. Estas transacciones suelen no ser declaradas, o lo son de manera ficta o adulterada. Para que entendamos de qué montos hablamos,

⁵ INDEC (2019). Encuesta Nacional a Grandes Empresas /2019. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/enge_01_21A14C3F4BA3.pdf, Consultado el 21/1/2021

veamos algunas estimaciones. Según LATINDAD⁶, la falsa facturación en el comercio internacional argentino equivale al 4,4 por ciento de su Producto Bruto Interno, lo que significa más de USD 24.000 millones para el año 2018. Verónica Grondona estima que la manipulación de precios de transferencia por subfacturaciones y sobrefacturaciones de exportaciones e importaciones argentinas, podría oscilar entre un 10 por ciento a un 20 por ciento del valor declarado ante el fisco⁷. Tomemos una hipótesis modesta. Supongamos que la sobre y subfacturación es de solo el 5 por ciento del valor declarado de las exportaciones e importaciones acumuladas para el año 2020 en Argentina. El total de las mismas ascendieron a un aproximado (ponderado) de 97.994 millones de dólares⁸. El 5 por ciento de esto equivale a 4897,5 millones de dólares que se les escaparon a los organismos de control del Estado, des-localizándose del territorio, para ir a parar a no se sabe dónde. Son más de cuatro presupuestos federales de ciencia y técnica. Un excedente generado por actividad económica en Argentina que se dolarizó. Y se fue.

Según el INDEC⁹, la posición de inversión internacional (activos de argentinos privados en el exterior) ascendería a 336.225 millones de dólares para fines del 2020. Se trata de un monto similar al endeudamiento público externo, de 332.185 millones de dólares. Argentina tiene así una posición internacional que es (respecto al mundo) acreedora en lo privado, pero deudora en lo público. Habría que preguntarse cuáles son los mecanismos de dolarización soportados por el esfuerzo público de las mayorías que sustentarán el interés privado de las minorías.

⁶ Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos, en ocasión del Tercer Encuentro de Periodistas sobre Flujos Financieros Ilícitos organizado por la, Martes 7 de Agosto, Buenos Aires.

⁷ GRONDONA, Verónica (2014). "Fuga de Capitales IV. Argentina, 2014" en *La Manipulación de los Precios de Transferencia*. Documento de Trabajo N° 58. Buenos Aires, CEFID-AR

⁸ INDEC, (2020), Comercio Exterior Vol.4, N° 20, Buenos Aires. Disponible en https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ica_12_20B2C4146816.pdf, consultado el 24/1/2021

⁹ Ver Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, posición inversora internacional, sitio web <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-35-46>

Este régimen estructural de fuga permanente, no es de generación espontánea. Es la consecuencia de una política de Estado que se ha mantenido desde mediados de los años 70 hasta el presente¹⁰. Debemos decir que la coherencia a lo largo de diferentes administraciones gubernamentales de distinto signo en facilitar la entrada y salida de capitales sin mayores controles (con algunas excepciones) hace que podamos hablar de una verdadera política de Estado. Y la institucionalidad para cristalizar esa política se estructura obviamente en lo normativo también. Así tenemos el CCyCN en sus artículos 766 y 1.390, las leyes 21.832 para la Inversión Extranjera Directa, el decreto 2.284/91 de Desregulación Económica, Ley 21.526 de Entidades Financieras, y Ley 26.831 de Mercado de Capitales, entre otros instrumentos que otorgan ventajas al capital extranjero. En este tramado normativo, como veremos más adelante, la LCQ aportará lo suyo.

V. Los agro-dólares

Los bienes argentinos transables con competitividad internacional (para penetrar exitosamente en el mercado mundial) son nuestros agro-productos. Las ventajas comparativas estáticas de nuestro suelo y clima (producto de factores naturales) ha sido factor determinante para que Argentina sea un gran exportador mundial de biomasa. Aclaramos que lo que producimos es la biomasa a partir de la cual se va a generar el alimento a futuro. No el alimento en sí. Porque este se elaborará fuera del territorio argentino. Nosotros exportamos el grano que se transportará en buques extranjeros con destino a puertos extranjeros, a distribuirse entre feedlots extranjeros donde se engorde el ganado porcino, el que se faenará, fraccionará, envasará en otro frigorífico extranjero, se distribuirá a puntos

¹⁰ BASUALDO, Eduardo (2001), *Modelo de acumulación y sistema político en la Argentina. Notas sobre el transformismo argentino durante la valorización financiera*, FLACSO/Universidad Nacional de Quilmes/IDEP

de venta por alguna comercializadora extranjera y llegará a un supermercado extranjero para su consumo.

Para la producción del alimento terminado, ya no nos alcanza con tener ventajas comparativas estáticas. Para tal tipo de actividad de mayor sofisticación tecnológica, se requieren de ventajas competitivas dinámicas, ámbito determinado por el liderazgo creativo, la promoción del conocimiento y la construcción política inclusiva.

En Argentina se localiza el mayor complejo agroindustrial del mundo¹¹. No obstante, en un esquema de economía transnacionalizada, la conducción estratégica de estos mega-agro-negocios no se domicilia en Argentina. Ni tampoco persigue el Desarrollo en los territorios argentinos. Según el INDEC, el 70 por ciento de las exportaciones argentinas son productos primarios y productos agroindustriales¹². Estamos hablando de baja agregación tecnológica y poca generación de empleo. La importancia de este sector no viene entonces de su sinergia para motorizar el mercado interno, sus tramados tecnológicos y encadenamientos productivos territoriales. Viene porque, al ser el gran exportador, es el que genera los dólares genuinos que se necesitaran para importar los insumos que nuestra economía (dependiente tecnológicamente por su rezago) no produce. Y, además, para el pago del endeudamiento público y privado nominado en divisa.

Dentro de la actividad primaria y agroindustrial exportadora, preponderancia tiene el sector de granos, oleaginosos y derivados industriales simples como aceites, harinas y desechos. Solo este subsector representa por sí mismo el 40 por ciento de todas las exportaciones argentinas¹³. No obstante, inserto en

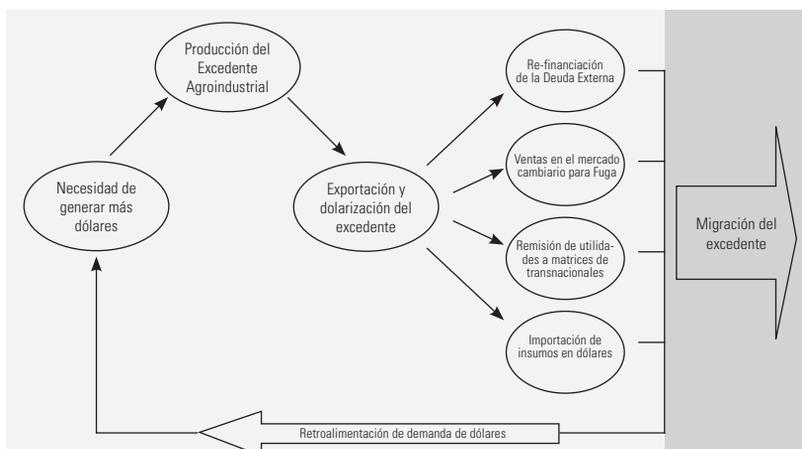
¹¹ HUERGO, Héctor (2020). "Cómo se conformó en el Gran Rosario el complejo agroindustrial más grande y concentrado del mundo", en *Clarín Rural*, 28 de Julio, Buenos Aires.

¹² INDEC, (2020), op cit.

¹³ CALZADA, Julio *et al* (2018). "El 43% de las exportaciones fueron granos, harinas, aceites y otros subproductos. Informativo semanal"— N° 1846 — 09 de Febrero de 2018, Rosario, BCR.

la dinámica dependiente, el subsector produce excedente para dolarizarlo. Una vez en divisa, la renta se des-localizará del territorio¹⁴ que la originó, migrando fuera de él y no aumentando la dotación del capital del y para el país. La acumulación no es posible en esta dinámica circularmente viciosa a la luz de los que son los presupuestos del mismo capitalismo.

Dolarización y migración del excedente agroindustrial



Fuente: Elaboración propia

El mercado granario argentino, como no podía de ser de otra manera, está dolarizado. Se comercie o no con el billete verde, los precios de las transacciones (aún entre actores locales) toman como referencia el precio internacional del grano en dólares americanos. En el mejor de los casos, se lo convertirá a

¹⁴ Para Marcelo Sili el territorio es "(...) el espacio geográfico apropiado por una sociedad bajo un sistema de intencionalidades que organizan y cualifican ese espacio. Este sistema de intencionalidades bien puede ser múltiple y diverso lo que nos arroja una territorialidad fragmentada debido a que cada actor tiene objetivos individuales y diferentes al resto de los actores, o bien puede existir una intencionalidad colectiva y consensuada que genera un territorio con unidad de objetivos y proyectos". SILI, Marcelo (2005). *La Argentina Rural*, Ediciones INTA, Buenos Aires, Pag. 8.

pesos al tipo de cambio del día, restando impuestos y tasas que el exportador descuenta del precio que le ofrece al productor de granos. De lo que resulta que el precio de commodity, para el productor local, está sujeto a dos variables simultáneas que él no controla. La primera, la cotización internacional en dólares del commodity en sí misma. La segunda, como variará el tipo de cambio del peso en relación al dólar durante ese día.

Esto se debe a que la estructura de comercialización internacional, vinculación oferta y demanda, cotizaciones y logística del mercado granario mundial, no la operan los productores argentinos. Está dirigida por un puñado de transnacionales que lo oligopolizan centenariamente¹⁵, donde sobresalen Archer Daniel Midland (Chicago, EEUU), Bunge (Saint Louis, EEUU), Cargill (Minneapolis, EEUU), Dreyfus (Ámsterdam, Países Bajos) y más recientemente Cofco (Beijing, China) y Glencore (Baar, Suiza). Los precios internacionales son fijados por la Bolsa Mercantil de Chicago (CME) en su mayoría, institución situada en la homónima ciudad, Illinois, en el medio-oeste de los Estados Unidos. La zona agropecuaria más rica de aquel país. El precio allí fijado, es tomado como base por las bolsas de comercio de Argentina. Previa deducción de cargos tributarios que se los trasladan al productor, será la referencia al momento de pactar sus operaciones de venta en granos.

Tal referencia en dólares del mercado granario se opera para mantener el alineamiento con las variaciones de los precios internacionales de un producto destinado finalmente a la exportación. Siendo el dólar moneda dura, le garantiza al productor que mantendrá su rentabilidad ante una eventual devaluación. Pero el resultado final es la subordinación de la lógica productiva agropecuaria nacional a un mercado transnacionalizado y oligopólico. Y la conversión del excedente en una divisa que terminará migrando fuera del territorio donde se realizó el proceso productivo. La dependencia es esto.

¹⁵ MORGAN, Dan (1983). *Los Traficantes de Granos*, Editorial Abril, Buenos Aires.

VI. El concurso preventivo

La legislación concursal, a no dudarlo, es una racionalidad instrumental establecida con el fin de distribuir pérdidas (con el menor daño posible) ante la crisis de una empresa. En este esquema de asignación de perjuicios, se encuentran presentes diversos bienes jurídicos tutelados que, ante la escasez de recursos, entran necesariamente en conflicto. Esos bienes podrán tener una titularidad individual, como el crédito de los acreedores o el Derecho del deudor a ejercer la empresa, o titularidad colectiva, como el Derecho de las trabajadoras al empleo, o el de la comunidad a no perder una fuente de generación de riquezas y factor de desarrollo en su territorio. La conciliación de estos intereses que se enfrentan, hace inexorable el empleo por parte del Magistrado de las nociones de Justicia Distributiva, Equidad y los principios generales del Derecho. Todo a fin de encauzar el proceso y no caer en una aplicación ciega de la ley que podría terminar por agredir más que proteger los Derechos que demandan tutela.

Abrevando nuevamente de las teorías críticas del Derecho y su anclaje foucaultiano, entendemos a la ley como uno de los discursos del Poder que surge del resultado de la pugna entre distintos actores sociales¹⁶. La norma escrita normaliza (redundancia intencional) el ejercicio del Poder. La lectura criteriosa de los textos legales muestra rápido quien fueron los ganadores y quienes los perdedores del proceso.

La legislación concursal no escapa a esto. Mucho menos cuando se centra en el tratamiento de la crisis societaria-empresarial. Empresa, la célula del capitalismo actual. La LCQ es un cuerpo que protege el status quo, no solo de la empresa capitalista. También de cómo se configura esta empresa en la periferia, dentro de un capitalismo dependiente como el argentino. Pero la LCQ contiene también elementos paradójales, propios de la

¹⁶ FOUCAULT, Michael (1996). *Vigilar y Castigar*. Editorial Siglo XXI, Madrid.

función del Derecho, según lo caracterizan las teorías críticas¹⁷. Esto significa una configuración del Derecho que, institucionalizando el status quo, sin embargo a veces abre ventanas para avances progresistas. Así por ejemplo nos encontramos con institutos como el de pronto pago de acreencias laborales (segundo párrafo artículo 16 LCQ) o la posibilidad de que cooperativas de trabajadores de la empresa puedan presentar propuestas de acuerdo preventivo (artículos 48 inciso 1 y 48 bis LCQ). No obstante, los elementos conservadores son dominantes. Estamos legislando para una realidad llamada economía de mercado. No podría ser de otra manera. Y cuando esa economía de mercado es periférica y dependiente como la argentina, aparecerán las cuestiones de la monetización extranjera del excedente.

Coherentemente con toda una institucionalidad legal que facilita la dolarización de la economía, la LCQ también promueve la dolarización al otorgarle ventajas a los acreedores en dólares. Yendo incluso hasta más allá del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

VII. Las deudas en dólares en la LCQ y los originadores granarios¹⁸

Siendo el dólar la moneda dura en la que se referencian los contratos en el comercio de granos, se nos presenta un problema para el caso de que sea una empresa relacionada con la oxigenación, industrialización y procesamiento de granos la que entre concurso. Si nominásemos algunas deudas en dólares, pero a otras deudas en pesos, a no dudarlo que caeríamos en situaciones de profunda inequidad, lesivas de los principios de *pari passu* y *pars conditio creditorum* que protege a los acreedores.

¹⁷ CÁRCOVA, Carlos (1997). *Complejidad y Derecho*. Revista Jurídica, UBA, Buenos Aires.

¹⁸ Originador de granos es la denominación que recibe el productor agropecuario o asociación de éstos que cultiva y abastece del cereal y oleaginoso a la primera fase de la cadena de industrialización y la comercialización con destino de exportación.

En principio, no deberíamos entrar en la fetichización de la mercancía (que la divisa extranjera es precisamente eso, una mercancía) donde el fin de la referencia en dólar pareciera que es el billete verde en sí mismo. No. En realidad, es un ponderador de valor de cambio, ponderador que suele ser menos volátil que nuestra moneda de curso legal. Si la equidad es nuestro cometido, es al valor de cambio al que tenemos que defender. No al dólar, que es solo un instrumento (no el único y ni siquiera el mejor) para preservar ese valor en la coyuntura. En otras palabras, con la dolarización de unas deudas, pero la pesificación de otras dentro de un mismo concurso, generaríamos un mecanismo discriminatorio e inequitativo que vulnera los principios del Derecho concursal.

La mala técnica legal con la que se redactó el artículo 19 de la LCQ (impulsada por el motor político de facilitar siempre la dolarización del excedente) podría generar interpretaciones peregrinas que lleven a tratos discriminatorios. Y contrarios a la equidad y principios generales del Derecho que se citaron al principio de este trabajo.

Dice el texto legal en el segundo párrafo que las deudas no dinerarias se deberá calcular a moneda de curso legal al día de la presentación a concurso del deudor, o del vencimiento de la misma si este fuere anterior. Sin embargo, las deudas en moneda extranjera se calcularán en moneda de curso legal también... pero a la fecha de presentación del informe individual del síndico de artículo 35. Es decir, el artículo fuerza un desfase temporal entre unas y otras deudas al momento de ser calculadas. Siendo el interés el precio que paga el capital por el transcurso del tiempo, ante la constante de la economía nacional de que la moneda blanda (peso) tiende a depreciarse frente a la moneda dura (dólar), lo que hace la LCQ es introducirle una ventaja explícita para la valorización del capital en divisa en desmedro del capital en pesos. Le inyecta tiempo al acreedor dolarizado, permitiéndole acrecentar el cómputo de su acreencia.

Este desequilibrio inducido, si hay una lectura descontextualizada de la LCQ, lesionaría a los acreedores más débiles.

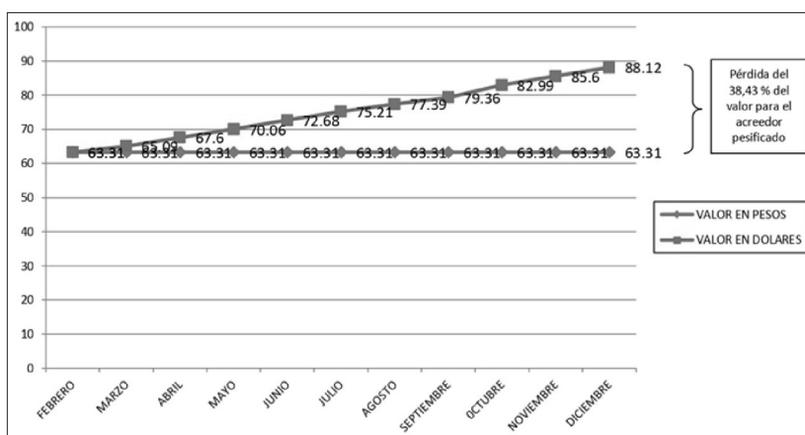
Dado que la preferencia por la liquidez y posición dolarizada es estructural en nuestra economía dependiente, solo los acreedores poderosos serán quienes podrán imponerle al deudor, al momento de celebrarlos, la dolarización de los contratos de préstamos. Nadie con margen de maniobra suficiente accedería a dolarizar su cartera de deudas alegremente, frente a la perenne amenaza de devaluación constante en nuestra economía. Bueno. Estos acreedores fuertes son los premiados al poder seguir valorizando sus créditos hasta el momento de la producción del informe individual del síndico (35 LCQ). Para el cálculo del pasivo y cómputo de las mayorías en el marco del acuerdo preventivo. Serán éstos los actores que entrarán (entonces) con esteroides en la negociación del acuerdo preventivo. Frente a los debilitados acreedores en moneda nacional. Y si el acuerdo no se produce o no se cumple, podrán incluso seguir incrementando el valor de sus acreencias hasta el momento en que sea declarada la quiebra, a tenor de lo establecido en el 127 LCQ.

Veamos un ejemplo concreto de las consecuencias que tendría el 19 LCQ si el Juez no lo aplica conglobado con los principios generales del Derecho, la equidad y la Justicia distributiva, así como ignorando las garantías constitucionales y de bloque de constitucionalidad, de Igualdad ante la Ley (artículo 16 de la Constitución Nacional –CN-, artículo 24 Convención Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-, Artículo 3 de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y de Inviolabilidad de la Propiedad Privada (artículo 17 y artículo 21 CIDH).

En la causa “VICENTÍN SAIC S/ concurso preventivo”, la sentencia del 13 de enero de 2021 de verificación o admisión de acreedores quirografarios, pesificó a algunos acreedores (los originadores de granos) a la fecha del 10 de febrero de 2020 (presentación a concurso, artículo 19 LCQ). A otros acreedores (los financieros) les reconoce la acreencia nominada en dólares, pero a computarse en pesos (a efectos de las mayorías) recién para el 15 de diciembre de 2020 (fecha del informe individual del síndico, artículo 35 LCQ).

Se congeló a partir del 10 de febrero los intereses de todos los acreedores. Pero sucede que unos están posicionados en pesos (moneda que se deprecia) mientras otros lo están en dólares (moneda que se aprecia). El paso del tiempo es vital, y acá no tendrá efectos materiales por la tasa de interés. Si la tendrá por la tasa de devaluación. Y el Juez introdujo una brecha de diez meses entre la quietud de la deuda pesificada y el dinamismo de la deuda dolarizada. En él mientras tanto, desacopla a los acreedores pesificados (granarios la inmensa mayoría) de la evolución del precio del grano, el que a su vez toma como referencia al dólar y no al peso.

Pérdida de valor dentro de la actividad granaria para los acreedores pesificados



Fuente: Elaboración propia con datos de Banco Nación

Los acreedores dolarizados, financieros en su inmensa mayoría, siempre serán económica y comercialmente más fuertes. Y son los favorecidos, ya que seguirán valorizando sus deudas por las fluctuaciones del tipo de cambio hasta la oportunidad del informe individual del artículo 35 LCQ. Recién allí ellos encuentran su techo. Si los informes individuales se produjeron el 15 de diciembre, durante el lapso de 10 meses

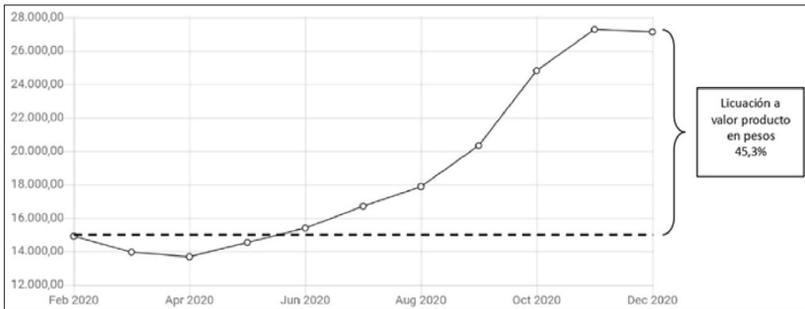
que pasaron desde la presentación a concurso, a los acreedores pesificados se les depreció casi el 40 por ciento del capital por devaluación. Porque toda la referencia de valor en el negocio de la industrialización de granos para exportación es en dólares. Y mientras los precios de todo el complejo subían por el aumento del precio del dólar, a los originadores de granos, como si pertenecieran a otra actividad (u a otro planeta) los ataron al ancla del peso fijada un lejano 10 de febrero.

Una sentencia que licue así a unos acreedores para provecho de otros, bajo la excusa de una aplicación robótica de la LCQ (como si fuese la ley fundamental de nuestro ordenamiento jurídico) deviene en un abuso de Derecho.

Pero avancemos un poco más. Dijimos que los precios en el mercado granario local estaban sometidos a dos tipos de fluctuaciones que el productor no controla. La primera, la cotización internacional (en dólares) en si misma del grano de que se trate. La segunda, las variaciones del tipo de cambio dólar-peso. Vamos a ver los montos de las licuaciones de las acreencias de los productores granarios en la causa VICENTÍN SAIC s /concurso, pero no solo viendo la variable devaluación. Integramos ahora las dos variables, esto es, cotización internacional del grano, a los que se le sumará para el productor local la variación del tipo de cambio.

Esto lo podemos sintetizar con las cotizaciones en pizarra del valor de la tonelada de granos de la Bolsa de Comercio de Rosario, referencia de precio de las transacciones granarías que venimos estudiando. La Bolsa para consignar el precio en pizarra del día, toma el valor internacional de ese día respectivo, le deduce los costos impositivos que el exportador (trader transnacional) trasladará al productor restándoselo del precio que le pagará, convierte ese precio en dólares a pesos (según al tipo de cambio vigente del día), y allí tendremos el precio en pizarra de referencia para la jornada. Observemos, en esta mecánica, cómo fluctuó el valor de cambio de una tonelada de soja del 10 de febrero al 15 de diciembre.

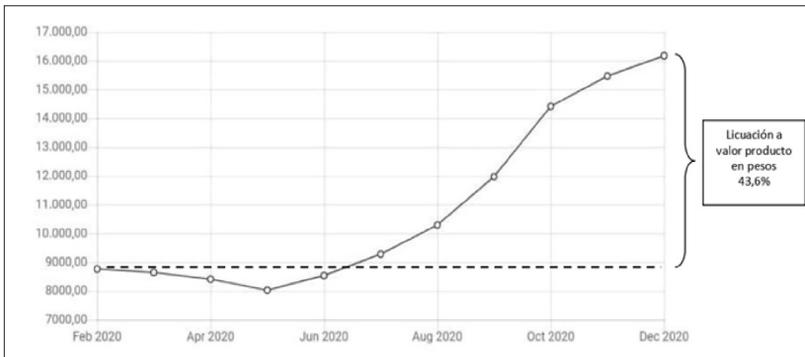
Evolución de precio de la tonelada de soja en el mercado local



Fuente: Bolsa de Comercio de Rosario.

El acreedor granario que proveyó soja a la concursada, sufrió una licuación del valor de su acreencia de un 45 por ciento aproximado al 15 de diciembre. Contemplemos que pasó con el acreedor granario originador de maíz.

Evolución de precio de la tonelada de maíz en el mercado local



Fuente: Bolsa de Comercio de Rosario.

Acá la licuación del valor para el originador de maíz fue del 43 por ciento aproximadamente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que el estudio, a través de las herramientas de las ciencias económicas,

con el objetivo de definir el valor real de que es lo que le está ofreciendo el deudor a los acreedores en el marco del acuerdo preventivo, es válido y necesario. Y que, a la luz de este conocimiento especializado, el Juez debe apreciar si el deudor no está incurriendo en su oferta en un abuso del Derecho, en el caso de que contraría la finalidad económica social de la empresa, la conservación de la misma y el resguardo de los Derechos de los acreedores. Así:

“La referencia a la ciencia económica efectuada por la cámara para definir el valor real y actual de lo ofrecido, no constituye un recurso argumental dogmático, en el análisis del abuso del Derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su Derecho, ha contrariado la finalidad económico social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del Derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva.”¹⁹

En el citado fallo, nuestro Máximo Tribunal señala que el correcto ejercicio de la función judicial, en la tarea del resguardo a los Derechos de los acreedores y de la continuidad de la empresa, excede la mera aplicación de la LCQ. Y que debe conglobar, contemplar e incluir el ordenamiento legal en general, como así también la equidad, los límites morales y la razonabilidad.

No es arbitraria la sentencia por haber ponderado elementos de juicio tales como el límite moralmente permitido, la presunta inadmisibilidad de la aceptación de los créditos contra el concursado para su descuento bancario o como objeto de

¹⁹ CSJN, Fallos: 330:834, autos “Arcángel Maggio SA s/Concurso preventivo-Incidente de impugnación al acuerdo preventivo”.

garantías, las exigencias mínimas de integridad patrimonial, la inequidad manifiesta, o a la irrazonabilidad y absurdidad de la oferta desde el punto de vista del ordenamiento general, pues el fallo realizó una ponderación unitaria, conjunta y no separada de dichos elementos, mostrando con ello un correcto ejercicio de la función judicial en la tarea de definir la existencia o no de un caso de abuso de Derecho.

Estos precedentes invalidan una interpretación aislada del artículo 19 LCQ sin considerar otras fuentes del Derecho, incluso de jerarquía muy superior. En el ámbito del comercio agropecuario de granos, donde todos los precios se referencian en dólares, mantener la dolarización para los acreedores más fuertes y pesificar a los acreedores más débiles, resulta manifiestamente discriminatorio e inequitativo. Además, violatorio al principio concursal de preservación de la empresa. Véase que los acreedores por originación de granos son la base de la explotación económica donde se sustenta la empresa. Perjudicar justamente a este eslabón, que no tiene las mismas espaldas para soportar pérdidas y cortes en la cadena de pagos que la banca financiera transnacional, implica atacar directamente la continuación de la actividad económica de la empresa.

No es que acá se abogue por una dolarización Curiae ad Orbi de todas las acreencias. En la realidad económica específica del comercio de grano, la referencia en dólares de todos los precios (para originadores y procesadores) es solo un mecanismo (no el ideal ni el mejor) de preservar los valores de compra relativos entre los activos comprometidos y transados en esta actividad. El fin es ese, no el fetiche del billete verde. Por ende, el Juez tendrá múltiples herramientas para otorgar un trato justo a todas las acreencias de manera equitativa.

El desfasaje temporal, la creación de dos momentos distintos para computar deudas dolarizadas por un lado (informe individual del síndico) y las deudas pesificadas por el otro (presentación a concurso), se traduciría en el dato insoslayable de la economía real que, por la dinámica devaluatoria típica de nuestra

moneda, los acreedores en divisas obtienen una doble ventaja sobre los acreedores en pesos. La primera de ellas es fortalecer la base de referencia numérica a partir de la cual se empezará a discutir el acuerdo. Una base incrementada por el paso del tiempo para los dolarizados, una base numérica menguada por el paso del tiempo para los pesificados. La segunda es el peso del capital que da Derecho a voto. Capital aumentado por el paso del tiempo para los dolarizados, capital disminuido por el paso del tiempo para los pesificados.

Ha dicho Ignacio Falke que

el juez debe tener el objetivo de llegar a la verdad. Éste es el ideal que debe pretender lograrse para la eficacia del Poder Judicial y el contentamiento del justiciable al acudir a un tribunal, y en pos de ello, el Magistrado debe hacer todo lo que esté a su alcance²⁰.

Y la verdad es que, en la realidad económica argentina, el paso del tiempo es capitalización para los tenedores de dólares y descapitalización para los tenedores de pesos. El Juez no puede ignorar esto so pena de caer en una concepción formal ritualista sacra del texto escrito, reñida con la razonabilidad. Porque es irrazonable convalidar una inequidad donde un grupo de acreedores, justamente los vitales para posibilitar la continuación de la empresa (originadores del grano) tengan que resignarse a la licuación del 40 al 45 por ciento de sus acreencias solo porque las nominaron en pesos. Y todo esto en provecho del grupo de acreedores financieros que, por su mayor poder, pudieron imponerle al deudor la dolarización de sus contratos de préstamos. El principio de razonabilidad consagra el imperio de la lógica al momento de aplicar la norma.

²⁰ FALKE, Ignacio Agustín (2012). “¿La verdad formal o la verdad material en el proceso civil? Apuntes para reflexionar sobre cómo puede influir esta discusión en el ejercicio diario de la abogacía”, SAIJ. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/ignacio-agustn-falke-verdad-formal-verdad-material-proceso-civil-apuntes-para-reflexionar-sobre-cmo-puede-influir-esta-discusin-ejercicio-diario-abogaca-dacf120023-2012-03-23/123456789-0abc-defg3200-21fcanirtcod>, consultado por internet el 26/01/2021

Y el de razonabilidad constitucional, consagrado por el artículo 28 CN, que cuando la norma inferior se aplique, ésta no contradiga los principios, garantías y Derechos reconocidos por la Constitución. Y licuar las acreencias de los acreedores débiles para favorecer a los acreedores fuertes vulneraría a igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la propiedad privada.

Deberá el Juez apoyarse en el dialogo de fuentes. Ver todas las ocasiones en la que la LCQ impulsa la pesificación de las deudas (artículo 19 y artículo 127), la aplicación de normas análogas para proteger el crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general, todo esto consagrado el artículo 159 LCQ; y el artículo 765 del CCyCN que habilita al deudor a liberarse de las obligaciones dolarizadas dando su equivalente en pesos. O el artículo 772 del CCyCN, que manda a cuantificar la cuantía de una deuda al valor real al momento que deba evaluarse a esta, pudiéndose incluso expresarla en una moneda habitual del tráfico. Insistimos. No es el fetiche billete verde que se pretende preservar. Si el valor de cambio de la acreencia.

Se deberá establecer una unidad contable en la que se homogenizará toda la deuda concursal para cómputo del pasivo y cálculo de las mayorías. No cayendo en una ceguera autoinducida como la de pretender que el paso del tiempo no alterará el valor relativo de las acreencias en distintas monedas entre sí. Porque debe comprenderse que, si se asignan plazos distintos (por cuestiones de legalidad formal desconectada de la realidad económica) a diferentes grupos de acreedores para que computen cada uno su acreencia por separado, en distintas estaciones procesales, y en distintas monedas, esto necesariamente redundará en un caos que malogrará la *pars conditio creditorum*.

Tendrá el Magistrado que, en atención a los principios generales del Derecho enunciados, los criterios de Justicia Distributiva, las garantías constitucionales, la razonabilidad, el dialogo conglobado de fuentes, hacer una lectura de la LCQ y las posibilidades que le brinda para establecer una fecha común

de conversión de deudas (a la unidad de valor que se le ocurra) pero que alcance a todos los acreedores (de manera equitativa) para que conviertan sus acreencias a un medio de pago homogéneo que preserve el valor todos de manera igualitaria.

VIII. Contratos de provisión de granos a precio a determinar: se trata de compraventas

A las mercaderías remitidas por ventas a precio pendiente de determinar (a fijar), la sentencia del 13 de enero de 2021 las asimila a contratos de depósito. Así, las sustrae de su naturaleza de ser pactos de compraventa. Con este artificio, las transforma en obligaciones no dinerarias (a pesar de que las partes nunca tuvieron otra intención que la de dar y recibir dinero por el contrato) y con ello les aplica así la “pesificación adelantada por conversión a la fecha de presentación al concurso” del artículo 19 segundo párrafo primera parte LCQ.

Habíamos sostenido que uno de los principios generales del Derecho era que las regulaciones específicas prevalecerán sobre las generales en tanto aquellas no resulten contradictorias con éstas. Y acá tenemos una regulación específica, que sin embargo fue soslayada. Porque las modalidades contractuales para la comercialización de granos tienen su régimen particular, institucionalizado formalmente, codificado por escrito y aceptado y practicado por el uso y la costumbre de quienes participan en esta actividad. Se trata de las Reglas y Usos del Comercio de Granos, aprobadas en Acta Intersectorial 3/03/2016 y adoptado por las Cámaras Arbitrales de Cereales de las Bolsas de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, Santa Fe, Rosario, Bahía Blanca y Entre Ríos²¹. En el artículo 13, 14 y 15 de este digesto está prevista la modalidad de compraventa de granos “a fijar precio”.

²¹ CÁMARA ARBITRAL DE CEREALES (2016). *Reglas y Uso del Comercio de Granos*. Disponible en sitio web http://www.cabcbue.com.ar/enlazados/arbitraje/reglas_y_usos.pdf

La modalidad de compraventa “a fijar precio” es muy extendida en el comercio de granos. Esto por lo que se explicó. En el país somos productores de granos, pero no formadores de precios sino tomadores, por el oligopsonio de la demanda de las mega traders y el rol ordenador (hegemónico) de la Bolsa de Chicago. Ante una volatilidad (inmanejable por los productores locales) de precios y la necesidad de la industria de contar con un suministro constante de materia prima para la producción, la compraventa se “desdobla”. Produciéndose en una fase la tradición de la cosa (entrega del grano), y en otra la determinación del precio y su pago.

Los artículos 13, 14 y 15 de las Reglas y Usos del Comercio de Granos normativizan profusamente la modalidad a fijar precio. Así establecen que habrá contrato de compraventa (dice compraventa, no depósito) a “fijar precio” cuando concertado el negocio el vendedor (del grano) se reserva la facultad de elegir el día de fijación de precio, precio que será tomado de la cotización del grano en parra del día seleccionado. Incluso da la posibilidad que la mercadería sea entregada antes o después de la fijación del precio, no contemplándose en ningún momento la restitución de la misma, algo que hace a la naturaleza jurídica del contrato de depósito. Si acaso surgen problemas para fijar el día de cotización de donde se tomará el precio, este será fijado por la Cámara Arbitral usando el valor corriente de la plaza de la operación (precio de cámara o de pizarra) para el grano en cuestión. También se norma que las partes establecerán una fecha límite hasta donde el vendedor del grano podrá ejercer su Derecho a fijar el día de cotización de donde tomará el precio. Si no está convenido ese plazo límite, se lo situará a no más de 180 días corridos desde la fecha de concertación de la operación.

Tenemos entonces que se trata entonces de una compraventa de la que surgirán obligaciones de dar dinero. No de dar cantidad de cosas, ni de restituirlas. Nada tiene que ver con el depósito.

IX. Los ganadores y perdedores de la pesificación desdoblada y asimétrica

Sobre un total de 1727 acreedores en los autos VICENTÍN SAIC S/ concurso preventivo, el pasivo declarado admisible o verificado ascendería (haciendo por nuestra parte un cálculo libre y exclusivo fin de ponderar magnitudes) a aproximadamente a 1468 millones de dólares al tipo de cambio del 15 de diciembre de 2021. De esa acreencia, los acreedores granarios representan 300 millones de dólares. Sin embargo, al ser 1290, los acreedores granarios, representan un 75 por ciento de los individuos acreedores. De esa masa de 300 millones de dólares de acreencias que totalizan los granarios, solo se dolarizó el 10 por ciento de la deuda. El resto, pesificado. Claramente, los granarios son los grandes perdedores en esta etapa del proceso.

El resto de los acreedores se dividen en 311 acreedores de bienes y servicios, 76 acreedores accionistas y sociedades controladas (favorecidos por un velo societario que en el único lugar –del mundo- donde todavía no se ha corrido es en la causa VICENTÍN SAIC S/ concurso preventivo) y 27 financieros. Los últimos, los grandes ganadores. Totalizan el volumen estimativo equivalente a 1028 millones de dólares de la acreencia, de los cuales 984 millones de dólares han sido reconocidos como créditos nominados en divisa estadounidense.

Visto en otros términos, solo dos entidades financieras transnacionales acreedoras (la Corporación Financiera Internacional, con 270 millones de dólares, y FMO, con 152 millones de dólares) que hoy son miembros del comité de control (artículo 14 inciso 13 LCQ), que además lideran el consorcio de bancos transnacionales que promueven el Discovery (medida precautoria de aseguramiento de pruebas y rastreo de activos del Derecho estadounidense) en las Cortes de Nueva York, y que unificaron su representación legal en Argentina tanto para el juicio concursal como para las acciones penales... solo estas dos entidades, superan en volumen de acreencia a las 1290 personas de los granarios. Y además, tienen sus créditos prolijamente

dolarizados. Y pueden darse una operatoria agresiva, dinámica y flexible, a diferencia de lo que ocurre con el Banco Nación. Si bien el Banco Nación es el acreedor financiero más importante -295 millones de dólares-, la entidad oficial está limitada por las regulaciones propias del sector público estatal al que pertenece, más la normativa para la banca comercial. Banco Nación no funciona como banca corporativa, de inversión o un hedge fund. De allí que la banca transnacional acreedora tiene hoy todas las ventajas para imponer sus intereses en el proceso. Que no serán precisamente la protección de la productividad y el empleo en el territorio.

Parte de este contexto reñido con la Justicia Distributiva es consolidado pro-cíclicamente por la decisión del Magistrado de licuar las acreencias de los acreedores granarios, pesificándolas. Para lograrlo, el Juez tomó la figura del contrato de depósito... y le aplica su lógica a todos los contratos de compraventa de granos con la concursada en la que no se fijó el precio. Así, toma los formularios de certificación electrónica de granos de AFIP, acompañados como prueba por los acreedores granarios insinuantes. Y luego, quizá se confunde por la denominación que da el formulario a las partes de esta primera de la compraventa. Porque el formulario fiscal llama depositario al comprador y depositante al vendedor en la casilla que se deben completar los datos. Parece que el Magistrado tomó en serio (muy) el formulario, y le imprimió a la transacción el alcance de un contrato de depósito. Que no lo es. Pero de esa manera, mandó a esos contratos de compraventa a ser considerados como deudas no dinerarias, y las convierte a su valor a pesos al momento de la presentación del concurso (artículo 19 LCQ). Luego, extiende esa consideración arbitraria ampliándola para todas las restantes operaciones de compraventa de granos con precio a fijar.

Asimilar la venta de granos a fijar a un contrato de depósito, implica desbaratar su naturaleza jurídica y los Derechos que acuerda ésta modalidad de compraventa de granos.

En orden a una lectura más ajustada a Derecho, tomaremos los aportes de Aldo Casella, quien entiende que el Juez incurre en contradicciones entre los fundamentos que ventila en los considerandos de la sentencia, y luego lo que él define en el resolutorio. Esto por sí solo ya tornaría en arbitraria la sentencia (fallos: 303:2036, 324:1584). Sostiene el profesor santafesino que:

El Juez, que invocó el artículo 127 LCQ donde el tratamiento de las deudas de valor y las contraídas en moneda extranjera es similar, invocando el artículo 19 LCQ les da ahora un tratamiento distinto : las deudas de valor por créditos granarios son cuantificadas “a todos los fines del concurso” en moneda nacional al día de la presentación, mientras los créditos en moneda extranjera son reconocidos en esa moneda y calculados en moneda de curso legal a la fecha de presentación del informe del síndico al solo efecto del cómputo del pasivo y las mayorías. ¿Lo dispone “taxativamente” así el artículo 19 LCQ?: la respuesta es negativa²².

Con este tratamiento diferente a lo que debía ser tratado de la misma manera, se generó la brecha temporal donde se registrará la devaluación que licuara los activos pesificados, y potenciará los activos dolarizados. Continúa Casella, en la búsqueda de una salida alternativa que respete la juridicidad:

(...) utilizando dentro de la “caja de herramientas” de la LCQ la asimilación del artículo 127 y la omisión del artículo 19, el Juez pudo darle el mismo tratamiento (se refiere a las compraventas en granos donde el vendedor tiene el Derecho de determinar el día de cotización según el cual él quiera cobrar la mercadería) de las obligaciones en moneda extranjera, esto es, verificarlas como deuda del valor de los granos (sea los de “mercadería en depósito”, sea los entregados “a fijar precio”

²² CASELLA, Alberto (2021). *Acreedores granarios, Reconquista*. Documento Inédito, Buenos Aires.

no fijado) y calculados en moneda de curso legal a la fecha del informe del art. 35 al solo efecto del cómputo del pasivo y de las mayorías. Esta solución era posible porque dentro de la “caja de herramientas”, el artículo 159 LCQ (también aplicable en el concurso preventivo), prevé los criterios de integración de los casos no contemplados (que el Juez omite)... Hubiera sido una solución mucho más justa, y evitaba la “licuación” y la secuela de disconformidades difundidas²³.

El campo de posibilidades que abre el 159 LCQ al instar al Juez a decidir aplicando las normas de las que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general, le da los medios necesarios para evitar la arbitrariedad (jurídica, económica y social) que vemos está en camino de perpetrarse.

X. Conclusiones

Siempre que se habla de Poder de Policía, se vincula la noción con el Derecho Administrativo y las potestades de la administración pública en tanto efector material instrumental directo del bienestar general. En realidad, la noción refiere a la potestad estatal en general que busca garantizar el mantenimiento del orden público y el interés general. A veces, tan alto cometido (fin del Estado) requiere la regulación de algunas libertades individuales. Algo que es parte del contrato social. El concepto aparece con tal nombre en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los autos *Brown vs Maryland*. Es desde ese evento a partir del cual se difunde la noción de poder de policía, representando el ámbito de actuación estatal para procurar la prosperidad pública.

Incluso hay algunos autores que llegan a conceptualizar la noción de “poder de policía de prosperidad”, con la cual

²³ Ídem.

caracterizan todo el accionar y normativa del Estado que se encamina a lograr el bienestar material de la ciudadanía en el ámbito donde interactúa²⁴. Véase como está presente acá de manera tácita la noción holística de territorio.

El fundamento constitucional del poder de policía se encuentra en el diálogo entre artículo 14 de la Constitución Nacional, el cual limita el ejercicio de los Derechos de los ciudadanos a las leyes que lo reglamenten, y el artículo 28 CN que consagra que los principios garantías y Derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes.

En las escuelas de Derecho de Argentina, la aproximación a la dogmática jurídica ha tenido una fuerte influencia de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Ésta propone al mundo jurídico como un sistema normativo cerrado, positivo, que se basta a sí mismo. La validez y necesidad de aplicación de la norma no vienen de cuestiones racionales lógicas que tengan por vocación mejorar la vida social o realizar el valor de Justicia. La ley es obligatoria porque en su creación se ha seguido el procedimiento correcto que otras leyes de rango superior han consagrado. Llegándose en esta regresión a una sola norma fundante, que tampoco es una razón lógica en sí misma. Es solo otra norma más²⁵. Nos encontramos así con lo que parece un sistema hermético que, inconexo con la materialidad de la vida comunitaria, pretende desde ese aislamiento resolverle los problemas a ésta última.

Es por ello que nos damos con frecuencia con soluciones judiciales irrazonables, ilógicas y que están reñidas con el mismo valor de la Justicia. Que parecieran ignorar las circunstancias de la realidad concreta, la consideración del conflicto como elemento intrínseco de toda sociedad con desigualdades. El fundamento de estos dictum suele ser que “se siguió la ley escrita que no da margen para hacer otra cosa”. El sistema

²⁴ MAYER, Otto (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. Editorial De Palma, Buenos Aires.

²⁵ KELSEN, Hans (1982). *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires.

judicial, ante su negación de contemplarse como parte activa de una sociedad inequitativa donde su rol es, justamente, resolver los desequilibrios, (porque el Poder Judicial no es un observador desinteresado que trabaja de manera independiente), se terminará sumando como un factor procíclico más, que acelera y consolida la injusta asignación de bienes en una comunidad.

Hemos descrito la estructura material real del comercio granario en la Argentina, en donde por cuestiones de poder financiero hegemónico, nos movemos en una plataforma diseñada para que el excedente que se produce en nuestro territorio, no quede en él. La dolarización, como referencia de este comercio, es el fluido hemorrágico que catalizará la fuga.

Si ante una crisis empresarial en el marco de esta actividad, le sumamos además que esa referencia de precios en divisa solo la vamos a mantener para los sujetos financieros fuertes y transnacionalizados e interrumpirla para los originadores de granos que son la base de la actividad, estaremos no solo dinamitando los principios generales del Derecho, las garantías constitucionales, y la concepción de la Justicia distributiva. También estaremos demostrando que no tenemos compromiso alguno con la realidad material y social de la comunidad a la que se le debe prestar el servicio de Justicia. Ni que decir con el rumbo que nos debería jalonar la policía de la prosperidad. Esto es, el promover en la acción y la regulación al Desarrollo en los territorios argentinos. Porque un Juez no es otra cosa que un funcionario público de la Nación Argentina.

Ha dicho nuestro Máximo Tribunal:

Dentro de la especie del poder de policía que comprende la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad, ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar (...) disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala. Entre las

frecuentes disposiciones sancionadas por el Congreso con tal designio se encuentra la ley 13.591, de cuya política la ley 14.226 es una de las manifestaciones particulares.²⁶

Una lectura insular, descontextualizada y contradictoria de un par de artículos pondría a la Judicatura no como una institución que brinda el servicio de impartir Justicia. La ubicaría como una secta judicial esquizofrénica, como la única entidad incapaz de ver la realidad de lo que sucede y que es ostensible para todos los otros miembros de la comunidad: que se favorece al poderoso, se perjudica al débil y en conjunto se compromete el bienestar de todos en el territorio.

Al fin y al cabo, la solución de esta encrucijada tampoco es tan compleja. Y es bastante antigua. Se trata del *alterum non laedere* y *suum quique tribuendi*. No dañar al otro y dar a cada uno lo suyo. Según su Derecho.

²⁶ CSJN; Fallos: 247:121, Caso "Cine Callao", 1960.

De cuerpos presentes: participación política de las mujeres e interrupción voluntaria del embarazo -IVE-

Bodies present: political participation of women and voluntary interruption of pregnancy -IVP-

Dos corpos presentes: participação política das mulheres e interrupção voluntária da gravidez -IVG-

Des corps présents: participation politique des femmes et interruption volontaire de grossesse -IVG-

存在的机构中:妇女的政治参与和自愿中断怀孕

María Julieta Cena¹ y Marina Villarreal²
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 147-183

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e513>

Recibido: 01/04/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: El presente artículo analiza el impacto de la presencia de las mujeres como diputadas y senadoras en el Congreso Nacional Argentino en relación al tratamiento y votación del proyecto de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo en el año 2018, la Ley 27610 en el

¹ Abogada. Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Becaria doctoral de CONICET. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – CONICET – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Córdoba. Email: mjulietacena@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4333-1451>).

² Abogada. Master en Derecho Constitucional (CEPC-UIMP). Becaria doctoral de CONICET. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – CONICET – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Córdoba. Email: marianavillarrealz@gmail.com (<https://orcid.org/0000-0003-4934-8481>).

2020 y su vinculación con la aplicación de Ley 27412 de “Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política”. Para ello, desde un enfoque de género, se revisa las dinámicas de exclusión de las mujeres en la participación política representativa y el fundamento de las acciones afirmativas (como el cupo y la regla de paridad), para luego exponer su relación con el proceso de ampliación de derechos de las mujeres. Sin desconocer la trascendencia del contexto social y los millares de personas que pugnaron de cuerpo presente en las calles, el proceso de sanción de la ley 27610 constituye una oportunidad única para reflexionar sobre la justificación de las acciones positivas para garantizar la presencia de las mujeres en los órganos representativos, remediar su exclusión histórica y mejorar así la calidad democrática.

Palabras clave: acciones afirmativas, democracia paritaria, aborto.

Abstract: This article analyzes the impact of the presence of women as deputies and senators in the Argentine National Congress in relation to the treatment and voting of the project to legalize the voluntary interruption of pregnancy in 2018, Law 27610 in 2020 and its link with the application of Law 27412 on “Gender Parity in Spheres of Political Representation”. To do this, from a gender perspective, the dynamics of exclusion of women in representative political participation and the basis of affirmative actions (such as the quota and the parity rule) are reviewed, to then expose their relationship with the process of expansion of women’s rights. Without ignoring the importance of the social context and the thousands of people who struggled to be present in the streets, the process of enactment of Law 27610 constitutes a unique opportunity to reflect on the justification of positive actions to guarantee the presence of women in representative bodies, remedy their historical exclusion and thus improve the quality of democracy.

Keywords: affirmative actions, parity democracy, abortion.

Resumo: Este artigo analisa o impacto da presença de mulheres como deputadas e senadoras no Congresso Nacional Argentino em relação ao tratamento e votação do projeto de legalização da interrupção voluntária da gravidez em 2018, Lei 27.610 em 2020 e sua vinculação com a aplicação da Lei 27412 sobre “Paridade de Gênero nas Esferas de Representação Política”. Para isso, a partir de uma perspectiva de gênero, são revistas as dinâmicas de exclusão das mulheres na participação política

representativa e as bases das ações afirmativas (como a cota e a regra da paridade), para então expor sua relação com o processo de expansão das mulheres. direitos. Sem deixar de lado a importância do contexto social e dos milhares de pessoas que lutaram para estar nas ruas, o processo de sanção da lei 27.610 constitui uma oportunidade única para refletir sobre a justificativa de ações positivas para garantir a presença das mulheres nos órgãos representativos, remediar sua exclusão histórica e, assim, melhorar a qualidade da democracia.

Palavras-chave: ações afirmativas, democracia paritária, aborto.

Résumé: Cet article analyse l'impact de la présence des femmes en tant que députées et sénatrices au Congrès national argentin en relation avec le traitement et le vote du projet de légalisation de l'interruption volontaire de grossesse en 2018, la loi 27610 en 2020 et son lien avec l'application de Loi 27412 sur «la parité entre les sexes dans les domaines de la représentation politique». Pour ce faire, dans une perspective de genre, la dynamique d'exclusion des femmes dans la participation politique représentative et la base des actions positives (comme le quota et la règle de parité) sont revues, pour ensuite exposer leur relation avec le processus d'expansion des femmes. droits. Sans ignorer l'importance du contexte social et des milliers de personnes qui ont lutté pour être présentes dans les rues, le processus de sanction de la loi 27610 constitue une occasion unique de réfléchir sur la justification des actions positives pour garantir la présence des femmes dans les instances représentatives, remédie à leur exclusion historique et améliore ainsi la qualité de la démocratie.

Mot-clés: actions positives, démocratie paritaire, avortement.

摘要: 本文分析了阿根廷人大代表中女性代表和参议员的影响对2018年自愿中断妊娠合法化项目的治疗和投票。2020年第27610号法律及其与实施的联系关于“政治代表领域的性别均等”的第27412号法律为此从性别观点出发回顾了代表政治参与中排斥妇女的动态以及平权行动的基础例如配额和均等规则,从而揭示了她们与妇女扩张进程的关系权利在不忽略社会环境的重要性以及努力挣扎在街头的数千人的情况下第27610号法律的制裁程序提供了一个独特的机会可以反思采取积极行动的理由以确保妇女在代表机构中的存在纠正他们的历史排斥从而提高民主质量。

关键字: 平权行动, 平等民主, 堕胎

I. Introducción

El 2020 culminó con uno de los hechos políticos más trascendentes para la historia de lucha del movimiento feminista en Argentina: la sanción de la Ley 27610³ que garantiza a las mujeres y otras personas con capacidad de gestar, el derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE) hasta la semana 14 del proceso gestacional. Este triunfo, que hoy es referencia a lo largo del continente latinoamericano, puede ser comprendido como el resultado directo de un proceso iniciado hace más de 30 años a partir de los Encuentros Nacionales de Mujeres, la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Seguro, Legal y Gratuito (conformada en el año 2005) y la ampliación del movimiento feminista a partir del “Ni Una Menos” desde el 2015⁴. En este sentido, como sostiene Bergallo (2021)⁵, la ley es producto de un proceso de legitimidad democrática inédito desde el punto de vista de la extensión de la deliberación, la especificación de los mandatos de representación y la participación ciudadana.

En este contexto, el estudio del debate y la votación sobre la ley de IVE demuestra la importancia de garantizar la participación política de las mujeres⁶ y otros colectivos como integrantes

³ CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (30/12/2020). Ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo [Ley 27610 de 2020].

⁴ Para más información sobre el proceso, véase ECONOMÍA FEMINISTA (2019) “La innovación política desde los feminismos”. Disponible en: <https://economiafeminita.com/la-innovacion-politica-desde-los-feminismos/>

⁵ BERGALLO, Paola (2021). “Simposio «El aborto legal en América Latina» Parte VI: Un nuevo paso en la constitucionalización de la ciudadanía sexual en Argentina” en *Ibericonnet Blog*. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/01/simposio-el-aborto-legal-en-america-latina-parte-vi-un-nuevo-paso-en-la-constitucionalizacion-de-la-ciudadania-sexual-en-argentina/>

⁶ En este artículo nos referiremos a las mujeres como categoría jurídica que engloba la identificación y representación de las mujeres cis género, como colectivo que comparte una experiencia común de discriminación de hecho y de derecho. Sin embargo, no queremos dejar de advertir que esta es solo una acepción posible, toda vez que se trata un colectivo no homogéneo que nuclea diversidad de identidades, razas, clase entre otras. De la misma forma, es necesario resaltar que la problemática de la discriminación por razones de género

del cuerpo colegiado que tiene la función de expresar en las leyes la “voluntad general”. Es que la ausencia o escasa participación política de las mujeres, puede constituir una pérdida tanto para quienes nos identificamos en dicho colectivo, como también para la calidad democrática y, por ende, para toda la sociedad. En este sentido, el proceso de sanción de esta ley constituye una oportunidad única para reflexionar sobre la justificación de las acciones positivas como el cupo, para garantizar su presencia y remediar la exclusión histórica.

El presente trabajo parte de analizar las dinámicas de exclusión de las mujeres en la participación política representativa, así como las acciones afirmativas que tienden a una igualdad real de oportunidades, para observar su impacto en el proceso de legalización de las IVE. Sin desconocer la trascendencia del contexto social y las millares de personas que pugnaron de cuerpo presente en las calles, revisaremos el proceso de sanción de la ley 27610 (2020), para reflexionar sobre el rol de las mujeres y varones que les tocó estar ocupando “la banca” en ese momento histórico, en virtud de las normativas que garantiza la paridad participativa.

II. ¿Y las mujeres dónde están? La distinción entre lo público y lo privado y su relación con la participación política de las mujeres

Parece inverosímil la coexistencia de un discurso liberal que pregonaba una pretensa igualdad universal y la negación de la participación política de las mujeres. Sin embargo, recién a mitad del siglo XX y luego de muchos años de lucha, las mujeres logramos obtener el derecho a votar y ser elegidas, derecho que los hombres gozaban desde mucho tiempo atrás⁷.

en la política y sociedad excede esta categoría e incluye a otras identidades sexo genéricas. Si bien por cuestiones de brevedad no nos adentraremos en los debates sobre el alcance del sujeto político de los feminismos, recomendamos a tales fines la lectura de DORLIN, E. (2009). *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*. Buenos Aires: Nueva Visión.

⁷ En Argentina hubo que esperar hasta el año 1947, para que la Cámara de Diputados de la Nación convierta en ley el voto femenino. Es importante reconocer que este hito es el

Aunque hoy no existen restricciones legales, basta mirar quiénes ocupan cargos de poder político⁸ para advertir que las desigualdades en base al género persisten, con los costos que implica para la legitimidad democrática la escasa representatividad de las mujeres y otras identidades. Es que, si bien en principio todos/as los ciudadanos y ciudadanas podemos elegir, ser elegidos/as y ocupar puestos de poder, lo cierto es que las barreras a las que nos enfrentamos las mujeres son invisibles y van más allá de nuestra voluntad. Son consecuencia de una estructura que sistemáticamente ha performateado⁹ nuestras prácticas, decisiones y posibilidades de vida en torno a una jerarquía sexo-genérica. Es por eso que, en estos contextos, tratar a todas las personas por igual no garantiza la igualdad real y resultan necesarias otros tipos de políticas.

Los estudios de género (Pateman, 1996¹⁰; Ciriza, 2001¹¹; Olsen, 1999¹²; entre otras) nos permiten comprender la manera

resultado de un proceso internacional promovido por el movimiento sufragista que tiene su correlato en Argentina a partir 1911. Desde ese año y hasta 1939 se presentaron distintas iniciativas que buscaron garantizar el voto femenino, pero muchas de ellas ni siquiera se debatieron en el recinto.

⁸ De acuerdo a ONU Mujeres (2019) a febrero del año 2019, solo un 24,3% de las bancas parlamentarias mundiales eran ocupadas por mujeres. Véase: ONU Mujeres (2019) "Mujeres en la política" Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/women-in-politics-2019-map-es.pdf?la=es&vs=3303>

⁹ Siguiendo a Butler la noción de performatividad utilizada, refiere a la tecnología del poder en la construcción de las subjetividades. Para un análisis general de la noción de performatividad como categoría teórica en los trabajos en el pensamiento de Judith Butler, recomendamos la lectura de SAXE, Facundo (2015). "La noción de performatividad en el pensamiento de Judith Butler: queerness, precariedad y sus proyecciones." *Estudios Avanzados* (24). Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4355/435543383002/html/index.html>

¹⁰ PATEMAN, Carole (1996). "Críticas feministas a la dicotomía público/privado" en C. Castells, *Perspectivas feministas en la teoría política* (págs. 31-52). Editorial Paidós Ibérica, Barcelona.

¹¹ CIRIZA, Alejandra (2001). "Democracia y ciudadanía de mujeres: encrucijadas teóricas y políticas" en *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate* (págs. 159-174). Buenos Aires: Clacso. Recuperado el 2021 de 01 de 15, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100613045003/12ciriza.pdf>

¹² OLSEN, Frances (1999). El mito de la intervención del Estado en la Familia. En A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho* (págs. 268-288). LOM, Santiago de Chile.

en que la distinción ideológica entre los ámbitos públicos y privados, en la que se basa el Estado liberal, opera a favor a la institucionalización del poder masculino sobre las mujeres. El diseño institucional escinde la sociedad política, donde se expresan los intereses públicos y la sociedad civil, donde las reglas son la intimidad, los intereses particulares y la no intromisión estatal.

Esta distinción entre espacios públicos y privados está sexuada y jerarquizada (Pateman, 1996)¹³ y resulta necesaria y funcional para la “división sexual del trabajo” que emerge con el desarrollo del sistema capitalista. De esta manera, en el sistema capitalista heteropatriarcal, la familia nuclear surge como la estructura social organizada en torno a la división de las tareas pertinentes a la producción. Dentro de ella, se atribuye a los varones la labor de ganar el sustento familiar y representar a la familia en el espacio público, mientras a las mujeres se nos encarga la tarea de gestionar (en privado) el cuidado y las situaciones de dependencia de los miembros de la familia (Rodríguez Ruiz, 2011)¹⁴. Las extensas jornadas que requieren el trabajo asalariado o la actividad política de los hombres se nutren de la existencia de mujeres ocupadas en las tareas domésticas y de cuidado. De esta forma se invisibiliza que el ejercicio de los valores que presupone el liberalismo, como libertad, independencia, e igualdad dependen en la práctica que las personas puedan cultivar, en el ámbito privado, sus capacidades, desarrollarlas y expresarse, como presupuesto material, emocional y psicológico de su participación libre.

La inclusión de las mujeres en el ámbito público durante el siglo XX no llevó a una redistribución equitativa de las

¹³ PATEMAN, Carole (1996). Críticas feministas a la dicotomía público/privado. En C. Castells, *Perspectivas feministas en la teoría política* (págs. 31-52). Editorial Paidós Ibérica, Barcelona.

¹⁴ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca (2011). “Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear” en *Revista española de derecho constitucional*, 69-102.

tareas domésticas, por el contrario, quienes realizan trabajos fuera de su hogar, suelen cumplir con dos jornadas: la formal y la doméstica¹⁵. En este sentido, reflexionando sobre las posibilidades reales de las mujeres para acceder a otros espacios, Pateman (1990)¹⁶ se pregunta: “...¿ por qué aquellas personas que ya cargan con el peso de dos trabajos, querrían aceptar más responsabilidades y aprovechar las oportunidades que les traería la democratización (?)” (pág. 18).

El excepcional acceso de las mujeres a las posiciones de poder, muestra un supuesto “mundo de posibilidades” a la vez que oculta las barreras que necesitamos enfrentar para llegar a esa meta. De esta manera, nuestras subjetividades se moldean bajo la ilusión de una meritocracia engañosa a la que debemos aspirar, sin dar cuenta que su alcance no depende simplemente de nuestra voluntad o esfuerzo. En otras palabras, las mujeres que consiguen acceder a ciertos puestos de poder, son presentadas como las referentes de lo posible, haciendo pesar sobre quienes no lo logran, la responsabilidad individual de no haber alcanzado la meta, y no sobre las estructuras que sostienen las barreras.

A pesar de los cambios producidos con la incorporación de las mujeres a espacios públicos, el contexto social continúa siendo hostil para la intervención política de las mujeres

¹⁵ En el año 2013 se realizó en Argentina la primera Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo por parte del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Los datos revelaron que las mujeres, sin distinción de estado civil, dedican en promedio una cantidad de horas muy superior al trabajo no remunerado que los hombres, aun cuando se encuentren participando activamente en el mercado laboral. En promedio las mujeres dedican 6 horas por días al trabajo doméstico no remunerado mientras que los hombres solo 2. Del estudio también se desprende que los hombres que realizan mayor cantidad de trabajo doméstico son aquellos separados o divorciados (70,4 %) mientras que las mujeres que más toman a su cargo esas tareas son aquellas en relación de pareja estable (95,3%). Véase el documento “Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y uso del tiempo Resultados por jurisdicción”. Disponible en línea: http://www.indec.mecon.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf.

¹⁶ PATEMAN, Carole (1990). Feminismo y Democracia. *Debates Feministas*. doi:<https://doi.org/https://doi.org/10.22201/cieg.01889478p.1990.1.1848>

limitada por la opresión y la posición económica marginal. Rodríguez (1999)¹⁷ explica que, si bien se perciben cambios sociales, persisten las circunstancias psicológicas que dificultan la plena participación en espacios públicos: “las mujeres continúan sufriendo un sentimiento ambivalente con respecto al trabajo fuera de la casa, enfrentando la consternación y preocupación por eventuales fallas en lo profesional o en lo personal” (Rodríguez, 1999, pág. 260). Otro obstáculo al que nos enfrentamos las mujeres como grupo, es que la medida de la capacidad y competencia es expresada en virtud de las experiencias, valores y prejuicios de los varones. Como bien señala Rodríguez (1999) la predominancia de varones en roles de poder social, también responde a que estos:

han recibido una educación y un entrenamiento que ha inspirado en ellos actitudes y cualidades, así como conocimientos y habilidades que los proveen de mejores herramientas para superar a las mujeres en aquellas actividades que, por haber sido ejercidas casi exclusivamente por varones, privilegian la posesión de estas características (pág. 276)

La asimetría estructural entre varones y mujeres, se refleja en la construcción de la identidad. En una matriz heteropatriarcal, los varones crecen, en general, con la confianza de ser plenamente aceptados como miembros respetados de la sociedad y con derechos y privilegios que les posiciona en un escalón superior en comparación con las otras identidades sexo genéricas. Por el contrario, las mujeres debemos demostrar altos grados de perfección para el acceso y el reconocimiento social en ámbitos por fuera de los domésticos.

Además, la ausencia de mujeres en las esferas públicas opera como “la profecía autocumplida”, desmotivando la intervención de otras personas que se enfrenta a la falta de modelos

¹⁷ RODRIGUEZ, Marcela (1999). “Igualdad, democracia y acciones positivas” en A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho*. LOM, Santiago de Chile.

en esos roles. De esta forma, la escasa participación desalienta la participación, en tanto que las mujeres somos consideradas ocupando el lugar de una minoría aislada, siempre en exhibición, examinadas y cuestionadas (Rodríguez, 1999)¹⁸.

III. Del cupo a la paridad: reseña de una transición y su impacto en la agenda legislativa

Como resultado de los obstáculos señalados, históricamente en el mundo y en particular en América Latina, las mujeres hemos tenido una escasa participación formal en los escenarios políticos. Ofrecer igualdad de trato a las mujeres y otras identidades, sólo perpetúa la situación de exclusión de ciertos ámbitos de poder. Frente a este panorama, las acciones positivas se presentan como un mecanismo indispensable para revertir esta situación sostenida por su propia inercia. Estas medidas implican el reconocimiento de ciertas prerrogativas o trato diferencial de ciertos grupos por su pertenencia, con la finalidad de equiparar los puntos de partida y la reducción de las consecuencias de la discriminación estructural. Lo expuesto se enmarca en la comprensión de que, si el punto de partida es asimétrico, las aplicaciones de reglas neutrales conducen a resultados desiguales.

Si bien en Argentina las mujeres conquistamos el derecho al sufragio en el año 1947, la necesidad de implementar políticas de acción positiva se reflejaba en los bajos porcentajes de participación de las mujeres en cargos electivos. Por eso, en el año 1991 se dicta la Ley N.º 24012¹⁹ por la cual se obligaba a los partidos políticos a incorporar un 30% de mujeres a las listas para elecciones legislativas nacionales. Esta se conoció como la “ley de cupo” y se convirtió en la primera de este tipo en América Latina. Gracias a la introducción de estos mecanismos, a partir

¹⁸ RODRIGUEZ, Marcela, ob.cit

¹⁹ CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (06/11/1991) “Ley de cupo femenino” [Ley N° 24012 de 1991], Buenos Aires.

de la década de los '90 la región latinoamericana presenta un crecimiento de la intervención de mujeres, principalmente, en los estamentos parlamentarios (Freidenberg & Lajas García, 2015)²⁰.

Acciones afirmativas como el cupo, fueron expresamente receptadas por la reforma constitucional del año 1994 al incorporar el art. 75 inc. 23 que establece la obligación del Congreso de la Nación de “legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes a las mujeres [...]” (entre otros colectivos históricamente desprotegidos). De esta forma, la Constitución Nacional Argentina da por zanjada la discusión normativa sobre la procedencia de este tipo de acciones.

Por su parte, la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW) que en Argentina goza de jerarquía constitucional²¹, refuerza la obligación del Estados de tomar medidas de acción positivas para la obtención de igualdad real de oportunidades²². La expresión “igualdad real”, en tanto fundamento de las acciones positivas, debe ser entendida como un tipo de igualdad que atiende al contexto social y que aspira a modificar e igualar el impacto de la estructura social sobre las oportunidades de las personas (Grosman, 2008)²³.

²⁰ FREIDENBERG, Flavia y LAJAS GARCÍA, Sara (2015). De la cuota a la paridad: las reformas para mejorar la representación política de las mujeres en América Latina. *Proyecto de Reformas Políticas en América Latina (1978-2015)*. (S. d. Americanos, Ed.) Washintong D.C. Disponible en <https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2019/09/DT-11.pdf>

²¹ En la reforma constitucional de 1994, a través de su artículo 75 inc. 22, se reconoce jerarquía constitucional a ciertos tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos firmados por Argentina, incorporándolos al marco jurídico nacional con la máxima jerarquía, entre ellos la CEDAW que, por lo tanto, integra el bloque constitucional y resulta directamente aplicable y exigible judicialmente.

²² Véase Art. 4 y 7 de CEDAW y la Recomendación N° 25 del Comité CEDAW (1999)

²³ GROSMAN, Lucas (2008). *La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina*. Buenos Aires. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_estructural.pdf

Si bien el diseño e implementación de la mencionada ley de cupo favoreció el acceso de las mujeres a las candidaturas partidarias y a cargos de representación popular, prontamente encontró barreras para cumplir plenamente su cometido. En primer lugar, la resistencia al cambio se manifestó mediante acciones meramente formales por parte de los partidos políticos (por ejemplo: presentar como candidatas a mujeres que finalmente no asumían) y la concentración de varones en las cabezas de listas, lo que perpetuaba con la sobrerrepresentación masculina (Del Cogliano & Degiusti, 2018)²⁴.

Asimismo, los obstáculos socioculturales relativos a las tareas de cuidado y la división sexo genérica de las profesiones, continuaron limitando las posibilidades de transformación deseada. El informe sobre trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas realizado por el Equipo Latinoamericano de Justicia (2011)²⁵, a 20 años de las leyes de cupo, da cuenta de las dificultades que generalmente encuentran las mujeres para compatibilizar sus actividades públicas con las del ámbito privado. En efecto, la proporción de mujeres legisladoras solteras es tres veces mayor a la de los varones legisladores, así como también es mayor la cantidad de mujeres sin hijos/as que ocupan bancas legislativas, a comparación de la cantidad de varones sin hijos/as. Estos datos indican que, a mayor nivel de responsabilidades familiares, las mujeres tienen menores probabilidades de aspirar a una carrera legislativa que sus pares varones. La investigación concluye que las mujeres se encuentran todavía excluidas de los cargos de liderazgo y conducción, aun cuando éstas cuentan con experiencia laboral y con credenciales educativas superiores a las de los varones (pág.10).

²⁴ DEL COGLIANO Natalia y DEGIUSTTI Dario (2018). *La nueva Ley de Paridad de Género en Argentina: antecedentes y desafíos*. Observatorio Político Electoral. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/opec-doc1-paridad.pdf>

²⁵ EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO. (2011). *Detrás del Número: Un estudio sobre las trayectorias políticas de mujeres y varones en las legislaturas argentinas*. Disponible en <http://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&cod-contenido=660&codcampo=20>

Circunstancias como las descritas determinaron que el cupo mínimo, en la práctica, funcionara como un techo por lo cual se presentó como necesario realizar reformas. Es así como, en el año 2017, Argentina sancionó la Ley N° 27412²⁶ que modificó el Código Electoral Nacional a los fines de incorporar la paridad de género en ámbitos de representación política, más precisamente en la órbita parlamentaria. La ley dispone que las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as y diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse intercalando a mujeres y varones, desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

De esta manera se consolida el camino hacia un modelo de democracia paritaria como estrategia para desandar la histórica subordinación social de las mujeres. En ese sentido, en el Consenso de Quito producto de la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer en América Latina y el Caribe (2007)²⁷ se sostuvo que la paridad es:

[...] uno de los propulsores determinantes de la democracia, cuyo fin es alcanzar la igualdad en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones, en los mecanismos de participación y representación social y política, y en las relaciones familiares al interior de los diversos tipos de familias, las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, y que constituye una meta para erradicar la exclusión estructural de las mujeres (punto 17)

IV. Más mujeres en el Congreso ¿mejor democracia?

La importancia de la incorporación de las mujeres en la representación política va más allá de la justicia intrínseca que implica igualar oportunidades entre hombres y mujeres; se

²⁶ CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA (22/11/2017) Ley de paridad de género en ámbitos de representación política [Ley N° 27412 de 2017].

²⁷ CEPAL (2007) *Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe: Consenso de Quito*. Disponible en: <https://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/0/29450/DSC1-E-ConsensodeQuito-final.pdf>

vincula también con la justificación del régimen democrático. A grandes rasgos, desde una perspectiva clásica liberal, la democracia se justifica porque es la forma de asegurar en cierta medida el autogobierno. Esta ficción implica que las limitaciones a la autonomía de las personas, son legitimadas mediante un sistema representativo donde los/as gobernados/as eligen a quienes tomaran decisiones en su nombre.

Como explica Marcela Rodríguez (1999)²⁸, desde este enfoque, las cuotas se justificarían en la medida que de lo contrario no existirían alternativas reales y viables para la elección de representantes. Por lo tanto, la ausencia de representantes mujeres en el proceso de deliberación y sanción de normas debilitaría la afirmación de que estas han sido consentidas por las mujeres. Desde esta perspectiva, aunque un sistema de acción positiva como las cuotas.

no es una condición suficiente para garantizar el consentimiento pleno y libre de las mujeres, resulta si una condición necesaria su adopción, para que exista una verdadera alternativa de forma tal que ese consentimiento sea válido y para la participación real en la toma de decisiones (Rodríguez, 1999, pág. 281)²⁹.

Por su parte, propuestas más recientes sobre la justificación de la democracia, como las distintas concepciones dialógicas, justifican el sistema democrático sobre las bases del valor de la discusión pública mediante procedimientos reglados para la toma de decisiones informadas y consensuadas. Más allá de las distintas variantes de las concepciones dialógicas, en líneas generales, estas propician una participación amplia en la discusión de las personas afectadas por las soluciones, para maximizar la probabilidad de que la solución arribada sea considerada válida. Así, sostiene Nino (2005)³⁰ que

²⁸ RODRIGUEZ, Marcela, ob.cit.

²⁹ RODRIGUEZ, Marcela, ob.cit.

³⁰ NINO, Carlos (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio muy firme de que responde a exigencias de imparcialidad. Por otra parte, también el diálogo maximiza la racionalidad y el conocimiento de los hechos, dada su virtualidad para que, en el curso de él, se pongan de manifiesto errores de razonamiento y deficiencias de información. (pág. 203- 4)

Desde este enfoque, la participación política paritaria de las mujeres, un grupo que representa el 50% de la población, resulta consistente con los principios justificatorios de esta concepción de la democracia. Como dice Marcela Rodríguez (1999)³¹:

Dado que nadie conoce mejor sus intereses que uno/a mismo/a, es muy improbable que los varones estén capacitados para representar los intereses de las mujeres. Sin la participación de mujeres en el debate y el proceso de toma de decisiones, inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de sus intereses, debilitando las posibilidades del mecanismo democrático como espacio de acción colectiva tendiente a la imparcialidad. Esta distorsión se produce por la falta de explicitación clara de tales intereses, por la falta de conocimiento cierto de tales intereses por los representantes varones o por la interposición de los intereses propios de estos últimos (pág. 285).

En otras palabras, la propuesta de la democracia liberal, pone el acento en el momento del consentimiento que se expresa en la elección del representante para dar por zanjada la cuestión de la legitimidad, mientras que la propuesta dialógica se centra en los efectos que tendría la pluralidad de la “voces” dentro del debate democrático para la calidad de respuesta.

Sin embargo, ambas teorizaciones justificatorias surgen dentro del ámbito de lo especulativo, ya que es imposible afirmar

³¹ RODRIGUEZ, Marcela, ob.cit.

con certeza que las mujeres electas responderán necesariamente a los intereses de las mujeres representadas que, por otro lado, resulta difícil de determinar siendo un colectivo por demás heterogéneo. En este sentido, las mujeres, como cualquier otro grupo, no vivimos iguales experiencias, sino que estamos atravesadas por nuestra clase, formación, raza, edad, etc. Además, no se puede sostener que tanto la elección como el posterior ejercicio del poder responda directamente al grupo, cuando el sistema electoral permite elegir a representantes en base a una propuesta de gobierno presentada por partidos políticos. De la misma manera, es plausible que los varones también se encuentren comprometidos con la agenda de género.

Más allá de eso, lo cierto es que la práctica nos muestra que el aumento de la cantidad de mujeres en bancas legislativas efectivamente potenció el ingreso al debate público, de miradas y problemáticas propias de la experiencia social de las mujeres. Por ejemplo, el 79% de los proyectos sobre cuotas de género presentados entre los años 1989 y 2007, así como el 80% de las iniciativas sobre despenalización/ legalización del aborto, acceso a la contracepción y derechos reproductivos, y el 69% de las propuestas en materia de violencia de género, fueron introducidas por legisladoras mujeres (Franceschet & Piscopo, 2008)³². De igual forma, entre los años 1994 y 2003, 87 de las 177 diputadas nacionales que ocuparon su banca presentaron proyectos sobre temas de género (Archenti & Johnson, 2006)³³.

Además de la presentación de proyectos, el trabajo de las legisladoras nacionales ha sido fundamental para la aprobación de diversas leyes vinculadas a los derechos de las mujeres. Entre

³² FRANCESCET Susan y PISCOPO Jennifer (2008). Gender quotas and women's substantive representation: Lessons from Argentina. *Politics & Gender*, 4(3), 393-425. Disponible en: http://www.web.pdx.edu/~mev/pdf/PS%20471%20Winter15%20Readings/Franceschet_Piscopo.pdf

³³ ARCHENTI Nelida & JOHNSON Niki (2006). Engendering the legislative agenda with and without the quota. *Revista Sociología, Problemas e Prácticas*(52). Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/281295121_Engendering_the_legislative_agenda_with_and_without_the_quota_A_comparative_study_of_Argentina_and_Uruguay

ellas se pueden mencionar: la ley de Cupo Sindical Femenino (Ley 25674 del año 2002), Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25673 del año 2002), Contracepción Quirúrgica (Ley 26130 del año 2006), y Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley 26485 del año 2009) entre otras. Así, la incorporación de las mujeres en el Congreso de la Nación ha tenido como efecto tensionar las fronteras entre lo público y lo privado, mediante el planteamiento en la arena política de cuestiones históricamente reservadas al ámbito “de lo doméstico” o “privado” como la violencia, y recientemente la IVE.

V. El camino hacia la paridad: los cambios en la conformación del Congreso a partir de la Ley 27412

En el presente apartado analizaremos el impacto de la aplicación de la Ley de Paridad en la composición de las cámaras en relación al tratamiento del primer proyecto de IVE sometido a votación en el país en el año 2018³⁴ y el proyecto que finalmente se convirtió en ley en el año 2020. Como mencionamos anteriormente, en el año 2017, Argentina sancionó la Ley N° 27412, conocida como “ley de paridad”. Sin embargo, estas nuevas disposiciones recién pudieron ser aplicada por primera vez en las elecciones legislativas del año 2019, toda vez que el poder legislativo argentino tiene un proceso complejo de constitución y elección, con disímil efecto según la Cámara que sea: Diputados y Senadores responden a distintas correlaciones de poder en el diseño institucional argentino.

La Cámara de Diputados cumple una intención de “representar al pueblo” y por consiguiente, se integra en función de un

³⁴ En el año 2018 la Campaña Nacional por el Aborto Seguro, Legal y Gratuito presentó por séptima vez en el Congreso de la Nación un proyecto de ley para legalizar la IVE. Hasta entonces, ningún proyecto había llegado a ser debatido en comisiones o en el recinto. El proyecto de ley que finalmente fue debatido lleva el código: 0230-D-2018. Texto disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0230-D-2018&tipo=LEY>.

numero proporcional de diputados/as por cantidad de habitantes de los distintos distritos³⁵ y duran en su mandato 4 años. En virtud de la Ley 22.847 (1983)³⁶ se estableció un porcentaje de 1 diputado/a cada 161000 habitantes de las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), con un mínimo de 5³⁷. La renovación de la Cámara de Diputados, no se produce de manera total en un único acto. Al contrario, cada jurisdicción renueva la mitad de sus diputados/as cada dos años. En la actualidad está conformada por 257 diputados y diputadas representantes de las 24 jurisdicciones, siendo las últimas elecciones del año 2019.

Atento que la ley N.º 27412 de paridad de género, fue sancionada con posterioridad a la conformación de listas de las elecciones legislativas del año 2017, recién fue aplicada en las elecciones del año 2019. Por eso, en virtud del sistema de renovación de las bancas, aún no se ha podido observar plenamente sus resultados.

Más allá de esto, y adentrándonos en el proceso de legalización de las IVE, cabe resaltar que, en el año 2018, en oportunidad de tratarse el primer proyecto de ley de IVE³⁸, la Cámara de Diputados estaba conformada por un total de 99 diputadas mujeres y 158 diputados varones, lo que significa que las mujeres ocupaban un 38,52% de las bancas con una amplia diferencia en relación a los varones que representaban el 61,47%.

³⁵ Con este término nos referimos a las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Lo expuesto en tanto desde la reforma constitucional del año 1994, CABA tiene la misma representación en el Congreso que las 23 Provincias.

³⁶ Decreto del presidente de facto Bignone (12/07/1983) "Ley de Convocatoria Electoral" [Decreto/Ley N° 22.847 de 1983].

³⁷ Actualmente 10 de las 24 jurisdicciones que tienen 5 diputados/as por ser el mínimo: Catamarca, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

³⁸ PROYECTO DE LEY 0230-D-2018. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0230-D-2018&tipo=LEY>.

En las elecciones del año 2019 se renovaron un total de 130 bancas que se distribuyeron³⁹ entre 58 mujeres y 72 varones, lo que traduce en un 44,61% de las bancas disponibles cubiertas por mujeres, mientras que el 55,38% por varones. Es que, si bien la ley de paridad es obligatoria en la conformación de las listas, por el propio sistema de elección y designación de diputados/as, no necesariamente va a lograrse una paridad en la integración total del Congreso⁴⁰.

En virtud de los reemplazos que se produjeron durante los años 2019 y 2020, en oportunidad de votarse la ley de IVE en el año 2020, la Cámara de Diputados estaba compuesta por 110 mujeres representando el 42,60% de la totalidad de la Cámara y 147 varones, que conforman el 57,19% del recinto. Si comparamos con la conformación de la Cámara en la votación del proyecto de IVE en año 2018, es posible advertir una importante diferencia en la representación de las mujeres, quienes aumentamos la presencia política en 4 puntos, acercándose a la paridad en la Cámara de Diputados.

Distinto es el caso de Senadores. Es menester considerar que esta Cámara tiene desde su origen una intención conservadora y elitista. Basta recordar que la Constitución Nacional Argentina estipula como requisito para ocupar dicho cargo, la suma de cierta renta y que, si bien en la actualidad ha quedado en desuso, el artículo aún continúa con su histórica redacción⁴¹.

³⁹ Cabe aclarar que esto no significa que sean personas que ingresaban por primera vez a las labores parlamentarias, ya que se da el caso de diputados y diputadas que renuevan su mandato, ya que la posibilidad de reelección es ilimitada.

⁴⁰ Para la distribución de las bancas entre los distintos partidos de forma proporcional a los votos se utiliza el llamado Sistema D'Hont. Cada agrupación presenta una lista de candidatos conforme a la cantidad de bancas que se ponen en juego en su distrito. Una vez finalizada la elección y realizado el recuento de votos, se excluyen todas las listas que no hayan superado el piso del 3% del padrón electoral del distrito. Luego se divide el total de los votos válidos obtenidos por las listas restantes por uno, dos, tres y así sucesivamente hasta llegar al número total de los cargos que se deben cubrir. Luego se ordenan los resultados de las divisiones de mayor a menor, ya que los cargos a repartir se asignarán a las mayores cifras.

⁴¹ Constitución Nacional Argentina, Art. 55: "Son requisitos para ser elegidos senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, *disfrutar de una*

Está integrada por la totalidad de 72 senadores/as que duran 6 años en ejercicio, correspondiendo 3 senadores/ras por jurisdicción, con independencia del número de habitantes. De esta manera, en el marco del sistema federal, se entiende que está Cámara representa la participación igualitaria de cada provincia y CABA en la toma de decisiones del gobierno central.

Por otra parte, la renovación de esta cámara tampoco se hace en forma total, sino de manera escalonada por tercios por conjuntos de provincias que van renovando sus bancas. A ello debe agregarse la particularidad que tiene en el sistema electoral, toda vez que, a partir de la reforma de 1994, se eligen dos senadores/as por la lista que mayor cantidad de votos obtuvo, mientras que la banca restante es asignada a la lista que le siguió en votos válidos emitidos.

Frente a estas particularidades, la ley de paridad de género ley N° 27412 además de la obligatoriedad de conformar con un 50% de mujeres ubicadas de manera alternada con varones, especificidades para los reemplazos. De esta manera prevé que para sustituir al/la senador/a de la lista que hubiere obtenido la mayoría de votos emitidos, se designará al/la senador/a siguiente del mismo sexo (Art. 3 de la Ley 27412 que modifica el Art.164 del Código Electoral Nacional) Siendo dos personas de distinto género las elegidas por la mayoría, con esa regla mantiene la paridad en caso de reemplazo⁴². En cambio, en el caso del senador o senadora electa por la minoría, la regla establece que el/la segundo/a titular de la lista de la segunda mayoría, será el/a primer/a suplente del Senador que por ella resultó elegido/a (Art. 2 de la Ley 27412 que modifica el Art.157 del Código Electoral Nacional). Por lo tanto, será una persona de otro género que cabeza de lista. Esta regla neutra favorece la

renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.”

⁴² Además, se establece que si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 62 de la Constitución Nacional.

incorporación de mujeres ya que la experiencia muestra que son los varones quienes siguen encabezando las listas. En este sentido, el Monitoreo de paridad en las elecciones de 2019 de ELA da cuenta que solo el 20% de los partidos llevaron a mujeres como su primera candidata⁴³.

A pesar de la implementación de la ley de paridad, la conformación de la Cámara de Senadores entre los años 2018 y 2020, años en que se debatió la IVE; no varió demasiado en términos de género. De hecho, luego de las últimas elecciones legislativas del año 2019 las 42 bancas ocupadas por varones, aumentaron a 44, disminuyendo de 30 a 28 las mujeres en Senado. En otras palabras, en la votación del proyecto de ley IVE del año 2018 la Cámara de Senadores estaba compuesta por un 58,33% de varones frente a un 41,66% de mujeres. En cambio, en oportunidad de votarse la ley de IVE del año 2020, la Cámara poseía un total de 61,11% de varones y un 38,88% de mujeres.

Cómo surge a simple vista, esta primera aplicación de la ley de paridad de género no permitió cambiar la conformación en esta Cámara. Esto responde al diseño propio del sistema institucional y la conformación, casi en su totalidad, de las cabezas de lista por parte de varones. De las 24 bancas que se renovaron en el año 2019, 15 fueron ocupadas por varones, mientras que 9 por mujeres. Esto se debe a que, tanto la primera como la segunda mayoría de las listas de 7 de las 8 provincias que elegían, tenían a varones encabezando las listas. En consecuencia, salvo el caso de Neuquén, solo resultó electa senadora una mujer por cada provincia. El caso de Neuquén se presenta como excepcional, al ser la única jurisdicción que contaba con mujeres como candidatas primeras en las listas partidarias, motivo por el cual logró la elección de dos mujeres

⁴³ Véase ELA (2019) *Monitoreo Paridad Elecciones 2019 ¿Qué lugar ocupan las mujeres en las listas camino a las PASO?*. Disponible en: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&cod-contenido=4104&plcontempl=12&aplicacion=app187&cnl=4&opc=47>

como senadoras. Cabe destacar que ambas votaron a favor de la ley de IVE del año 2020.

A partir de dichas conformaciones, analizaremos el comportamiento de los votos frente al proyecto de IVE en relación al género de los/as legisladores/ras.

VI. Diputadas y senadoras en la sanción de la ley de IVE: actoras claves en la ampliación de la ciudadanía de las mujeres

La ciudadanía de las mujeres en Argentina ha cobrado relevancia con el retorno de la democracia y la coyuntura internacional que establecieron nuevas regulaciones sobre los DDHH en general, y de las mujeres en particular. Sin embargo, como dice Alejandra Ciriza (2001)⁴⁴ la ciudadanía reconocida por estos organismos internacionales encuentra su límite en las barreras invisibles interpuestas por un sistema heteropatriarcal capitalista. Vivimos en un mundo donde la ciudadanía aún está construida fundamentalmente sobre y por decisión de un solo cuerpo sexuado, el del varón. Sin embargo, los movimientos feministas y de la diversidad, avanzan en la lucha por la efectivización de los derechos y las transformaciones socio culturales para lograr una ciudadanía plena. En ese sentido, consideramos que la sanción de la IVE constituye uno de los logros más importantes para el avance de la ciudadanía de las mujeres y otras personas con capacidad de gestar en tanto implica el respeto de la dignidad, la igualdad y la autonomía.

El proceso que culmina con la sanción de esta ley debe ser leído como un triunfo de la política feminista en distintas instancias, formales e informales. Así, esta ley recoge la histórica demanda de las manifestaciones masivas a través de todo el

⁴⁴ CIRIZA, Alejandra (2001). "Democracia y ciudadanía de mujeres: encrucijadas teóricas y políticas". En *Teoría y filosofía política. La recuperación de los clásicos en el debate* (págs. 159-174). Buenos Aires: Clacso. Recuperado el 2021 de 01 de 15, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100613045003/12ciriza.pdf>

país donde se alzaron los pañuelos verdes de la Campaña por el Aborto legal, seguro y gratuito que pusieron el tema en agenda y lograron la despenalización social de las IVE. Por su parte, los sectores conservadores que históricamente se dieron otras estrategias ante los avances de derechos de las mujeres, como la judicialización⁴⁵, también salieron a las calles y participaron en múltiples acciones públicas.

Estas instancias formaron parte de un proceso democrático de debate inédito, que encontró su cauce por las vías institucionales al tratarse en el 2018 por primera vez en el Congreso un proyecto que autorizaba la IVE. En este sentido la legalización de la IVE, en definitiva, abarcó dos ciclos de exposiciones en comisiones celebrados en 2018 y 2020 y cuatro largas jornadas de debate en el seno de las dos cámaras.⁴⁶

Si bien los procesos sociopolíticos que conduce al reconocimiento de derechos son múltiples y complejos, nos detendremos a considerar el comportamiento los votos de diputado/as y senador/as en la ley de la IVE para una aproximación a la cuestión del impacto de la ley de paridad en esta materia.

VI.1 Análisis de las votaciones de la legalización de la IVE en la Cámara de Diputados

En el año 2018 el proyecto de ley de IVE obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados con 129 votos a favor, frente a 125 en contra, para luego ser rechazada por Senadores.

En el año 2020, cuando finalmente se aprobó el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, los votos afirmativos no

⁴⁵ Al respecto recomendamos la lectura de Cecilia GEBRUERS, Cecilia y GHERARDI, Natalia (2015). El aborto legal en Argentina. La justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F.A.L., Buenos Aires, CEDES y ELA.

⁴⁶ Cabe resaltar que la aprobación de la ley en año 2020 se produce no solo luego de la renovación parcial en la conformación de las Cámaras, sino también de la elección presidencial de Alberto Fernández, quien abiertamente se posicionó a favor de la despenalización en su campaña política

variaron sustancialmente (131 votos afirmativos) sin embargo, disminuyeron los votos en contra a 117.

En ese marco cabe resaltar que, de los 131 votos afirmativos, 62 correspondieron a la votación de diputadas mujeres (equivalente al 47,32% del total de votos afirmativos) mientras que 69 a la votación de diputados varones (lo que equivale el 52% del total de votos afirmativos). En definitiva, el apoyo a la ley ha sido paritaria en términos de género.

Por el contrario, los *votos negativos* (117) cuentan con una marcada representación masculina: el 60,68% de la totalidad de votos en contra de la aprobación de la ley, fueron votos emitidos por varones, lo que corresponde a 71 diputados, mientras que solo 46 diputadas mujeres, votaron por su rechazo.

En ese contexto, resulta interesante analizar el comportamiento de quienes participaron de ambas votaciones, es decir aquellas diputadas y diputados que votaron en el proyecto de ley de IVE del año 2018 como en el proyecto de ley de IVE del año 2020. De la totalidad de los votos afirmativos obtenidos en el año 2020 (131), 54 integrantes de la cámara bajan, 31 diputados varones y 22 diputadas mujeres ya habían votado a favor del primer proyecto de IVE (2018). Solo una diputada que participó en ambas votaciones, cambió su votación desde el rechazo a la aprobación: la diputada Flavia Morales⁴⁷. En su exposición del año 2020, justificó el cambio de su postura principalmente en la representatividad del colectivo de mujeres y la necesidad de regulación, más allá de sus apreciaciones personales. De esta manera, relata un proceso reflexivo que comenzó con el tratamiento del proyecto de ley de IVE del año 2018 y que se potenció con la crisis por la pandemia de COVID

⁴⁷ Diputada por el período 2017-2021 en representación de la provincia Misiones por el Frente de la Concordia Misionero. A raíz de su cambio de posición, fue amenazada públicamente por la Subsecretaría de Culto de la provincia Rossana Barrios quien pertenece al mismo partido lo que demuestra la transversalidad del debate en relación a las identificaciones partidarias. Véase: <http://www.laizquierdadiario.com/Misiones-Subsecretaria-de-Culto-anti-derechos-amenaza-a-diputada-que-voto-a-favor-del-aborto>

2019. En definitiva, sus palabras reflejan una comprensión de su mandato como representante, en el sentido que debe responder a la gran demanda social por la despenalización:

*En particular, más allá de que me toca hablar como legisladora, lo hago como mujer. Creo que de las numerosas exposiciones de especialistas que hemos escuchado -no me refiero exclusivamente a las de esta semana sino a todas las que se presentaron desde el 2018, año en que se comenzó a tratar el proyecto- se desprende claramente la necesidad de que exista una regulación y el Estado debe estar allí presente. (...) Desde la votación del año 2018 -mi primer año como legisladora- hasta hoy, he reflexionado y he analizado, pero acá no se trata de hablar en primera persona. (...) No se trata de nosotras, se trata de los otros. He escuchado, he caminado y debo decir que no se trata de lo que yo piense sino de lo que está sucediendo afuera. Estas prácticas clandestinas siguieron sucediendo en pandemia y la verdad es que eso ha hecho que reflexione y que analice en profundidad ese tema. No mi posición personal, sino lo que uno escucha en el territorio*⁴⁸

En definitiva, sin cambios significativos de posición, la aprobación en el recinto de Diputados en el 2020 (con 131) fue traccionada fundamentalmente por 77⁴⁹ diputadas/os que votaron por primera vez y lo hicieron a favor, 35 varones y 34 mujeres. De estos 77 diputados/as, 69 fueron elegidos/as en vigencia de la ley de paridad de género. Asimismo 7 - 2 diputados y 5 diputadas⁵⁰ - participaron por primera vez en la votación cubriendo un mandato ya en ejercicio.

⁴⁸ Exposición disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/138-17.htm>

⁴⁹ En este recuento, no se contempla el caso del Diputado por Ciudad Autónoma de Buenos Aires, De la Madrid, Álvaro Héctor, toda vez que no figura su voto en el listado oficial de votación del año 2018. Por lo cual, se desconoce su participación en dicho año, pese a que su mandato legislativo está previsto para el periodo 2017-2021 conforme la página oficial de la Cámara de Diputados. Véase (acá poner el link con el listado de la votación) (acá poner el link con el periodo de ese diputado)

⁵⁰ BERNAZZA, Claudia Alicia del Frente de todos por la provincia de Buenos Aires; CÁ-CERES, Adriana Cintia, del PRO por la provincia de Buenos Aires; Figueroa, Alcira Elsa del

En este contexto, resulta llamativo analizar nuevamente la composición del *voto que rechaza el proyecto* la relación al cambio de integración. De los/as 117 diputados/as que en 2020 votaron en contra, 72 (30 diputadas y 42 diputados) ya había participado en la votación del año 2018. Por consiguiente, 45⁵¹ votos de los 117 en contra corresponden a legisladoras/es que se posicionaron por primera vez. De estos nuevos integrantes, 15 fueron diputadas mujeres mientras que el doble, 30 varones.

En los votos en contra hay que considerar que 5 diputados/as cambiaron su voto de haber acompañado el proyecto en el año 2018, a estar contra de la ley de IVE en el año 2020: las diputadas Ayala, Aida Beatriz Máxima Brambilla, Sofía Reyes, Roxana Nahir y el diputado Stefani, Héctor Antonio. Resulta interesante que el único varón en esta categoría fue también el único de los expositores que habló en el debate parlamentario para justificar su cambio de opinión. En ese sentido, sus palabras tuvieron resonancia pública, toda vez que intentando apelar a un argumento sensibilizador, el diputado justificó su actual rechazo a la ley, en un supuesto arrepentimiento de abortar que, en su oportunidad, decidiera la madre de un jugador de fútbol reconocido en el país, es decir, valorando a la mujer que decidió llevar adelante la gestación por su carácter instrumental:

Frente de todos por la provincia de Salta; MARZIOTTA, María Gisela del Frente de todos por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y SCHWINDT, María Liliana del Frente de todos por la provincia de Buenos Aires.

⁵¹ En este recuento, no se contempla el caso del Diputado por Santiago del Estero Herrera, Bernardo José, toda vez que no figura su voto en el listado oficial de votación del año 2018. Por lo cual, se desconoce su participación en dicho año, pese a que su mandato legislativo está previsto para el periodo 2017-2021 conforme la página oficial de la Cámara de Diputados. Véase (acá poner el link con el listado de la votación) (acá poner el link con el periodo de ese diputado) .

Por otra parte, a los fines del cómputo, se consideraron los votos de Hector Fernandez y Claudia Marquez , como primera participación toda vez que su ingreso se dio en el año 2019, en reemplazo de Fernando Espinoza y Martin Llaryora respectivamente. Cabe resaltar que Espinoza en el 2018 votó a favor del proyecto de ley de IVE, mientras que Llaryora en contra.

Mónica continuó su vida, estudió, formó una familia y está orgullosa de su hijo. Su hijo es Fernando Cavenaghi. Yo soy de Boca y él nos hizo varios goles, así que lo recuerdo bien. Es uno de los futbolistas goleadores de River Plate. Mónica eligió la vida con convicción, y esa convicción de elegir la vida es la que debería alentarnos a encontrar un punto que dé satisfacción a las dos vidas⁵².

Sin que hayan manifestado en el recinto las razones del cambio en el sentido de su voto, lo cierto es todas las diputadas que lo hicieron pertenecen a la alianza Cambiemos que se encontraba al poder en el año 2018, en tanto que el 2020, formaban parte del bloque opositor al gobierno nacional que presentó el proyecto.

Por otro lado, la única abstención que había obtenido el proyecto de ley en el año 2018, por parte de la diputada por la Provincia de Córdoba, Alejandra María Vigo, derivó en un voto negativo en el 2020. La diputada Vigo expuso en ambos debates parlamentarios. En esta segunda oportunidad, y mediante una exposición contradictoria, fundó su rechazo en la presentación de un proyecto propio del bloque que contemplaba la despenalización más no la legalización, por entender que el aborto no es un derecho, ni tiene relación con la autonomía ni la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Por el contrario, refuerza la noción de maternidad e información como elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver sobre las IVE.

Mi experiencia, como mujer y militante, me indica que las mujeres no hacemos abortos como ejercicio de ninguna clase de libertad, que difícilmente podamos decidir que sí elegimos abortar. Entiendo que, en general, las mujeres llegan a tomar esa decisión porque el embarazo se les hace insostenible. No queremos que sigan muriendo más mujeres, pero legalizar el aborto, hacerlo libre en cualquier situación, no es la respuesta y tampoco debe

⁵² Exposición del diputado Héctor Antonio Stefani disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/138-17.htm>

ser la salida a una relación frustrada. La mejor inversión para prevenir el embarazo no deseado y acompañar a las mujeres de menos recursos es la prevención y la asistencia en esa situación, *para que se valore la maternidad en la realidad y no solo en el discurso, para que el Estado asegure la información a las mujeres, a las parejas y las familias, para que accedan a ella a la hora de tomar decisiones.*⁵³

En este contexto, es necesario resaltar que esta fue la exposición representativa de los 4 diputados y diputadas del bloque “Córdoba federal”, partido al cual pertenece el gobernador de la provincia de Córdoba, esposo de la diputada⁵⁴. El 72,22% de los/as diputados/as de esta provincia votaron en contra, por lo cual Córdoba se encuentra dentro de las 6 jurisdicciones con más de un 70% de diputados/as que votaron en contra de la legalidad de las IVE⁵⁵.

Los obstáculos que persisten para ejercicio de la función política en igualdad de condiciones por razones de género quedaron de manifiesto en el debate. La violencia contra las mujeres en política⁵⁶ constituye un grave obstáculo que nos impide la plena participación en puestos de toma de decisión

⁵³ Exposición de la diputada Vigo disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/138-17.htm>

⁵⁴ Hacer alguna referencia a Schiaretti de la cantidad de año para que quede claro que era el gobernador al momento de la votación.

⁵⁵ De este grupo se destacan también las provincias de Formosa, con un 100% de diputados/as votaron en contra; las provincias de las provincias de Santiago del Estero, Chaco y Corrientes con un 85,71% de los/as diputados/as que rechazaron la ley, así como la provincia de la Rioja con un 80%. Cabe advertir que atento el sistema de distribución de bancas por distrito, la cantidad nominal de diputados/as, varía por provincia.

⁵⁶ La Ley Modelo de Violencia Política de la OEA define en su art. 3 que: “Debe entenderse por violencia política contra las mujeres cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma directa o a través de terceros que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos. La violencia política contra las mujeres puede incluir entre otras, violencia física, sexual, psicológica, moral, económica o simbólica”.

y refuerza roles tradicionales de género⁵⁷. La diputada Jimena López así lo expuso:

Por favor, a los varones de la política, no llamen más a las compañeras diciéndoles que es probable que pierdan su carrera política. Las cosas no funcionan así. Estamos profundamente convencidas de lo que vamos a votar hoy. Profundamente convencidas.⁵⁸

VI.2 Análisis de las votaciones de la legalización de la IVE en la Cámara de Senadores

Como se señaló anteriormente, la ley de paridad no tuvo como impacto una modificación de la composición por género del Senado del año 2020. Pero los números nos muestran que tanto en el año 2018 al año 2020, el voto femenino tuvo un marcado peso en apoyo a la legalización de las IVE. En efecto, en el año 2018 el proyecto de ley de IVE obtuvo 31 votos a favor, contra 38 en contra. El voto a favor estaba compuesto por 14 senadoras y 17 senadores, mientras que el de rechazo por 14 senadoras y 24 senadores. Si tenemos en cuenta la cantidad de mujeres que ocupaban banca en la Cámara en esa oportunidad, podemos observar que el voto de las mujeres estaba bastante repartido: el 46,66% de las senadoras votaron a favor y el mismo número en contra, mientras que el 6,66% restante correspondió a dos senadoras que se abstuvieron de votar.

Ahora bien, en el año 2020 la situación fue considerablemente distinta, toda vez que de los 38 votos a favor 19 fueron de mujeres senadoras y 19 de varones senadores. No sólo que se mostró una notable paridad en el voto afirmativo, sino que, si

⁵⁷ Véase MARTELOTTE Lucía (2018). *Violencia política contra las mujeres en Argentina: experiencias en primera*. ELA, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Disponible en: <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&cod-contenido=3229&plcontempl=43>

⁵⁸ Exposición de la diputada Jimena López disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/sesionesxml/provisorias/138-17.htm>

analizamos nuevamente a la luz de la cantidad de mujeres que ocupaban banca, observamos que la proporción de senadoras que apoyaron la ley aumentó considerablemente: del 46,66% al 67,85%.

Por su parte, el *voto en contra* de la legalización de las IVE tuvo una amplia representación masculina tanto en la votación del año 2018 como la del 2020. En efecto, el proyecto de ley de IVE del año 2018 obtuvo un total de 38 votos que lograron su rechazo, de los cuales 24 fueron varones y 14 mujeres. Lo que en proporción a la cantidad de varones que ocupaban bancas, se traduce en un 57,14%. En el año 2020, la ley de IVE contó con 29 votos en contra, consistentes en 21 varones senadores y solo 8 mujeres. Es decir que el 72% de los votos en contra, fueron masculinos. En el 2018, este número fue de 63%.

Si consideramos el total de senadores varones, 47,72% votaron en contra de la ley en el 2020. Si bien hay una disminución de la proporción de senadores varones que votaron contra la ley, es necesario recordar que el número de varones ocupando bancas en el Senado aumentó y, principalmente, que 3 de las 4 ausencias a la votación, correspondieron a 3 senadores varones que en el año 2018 votaron en contra⁵⁹.

En ese orden de ideas, es dable señalar también que de los 68 senadores y senadoras que votaron en el año 2020 sobre la IVE, 48 se encontraban en ejercicio de funciones en oportunidad de debatirse el proyecto de ley de IVE del año 2018. Es interesante señalar que, la mayoría de los y las senadoras que participaron en ambas votaciones mantuvieron su posición, salvo en 4 personas. En ese sentido, las posiciones que se modificaron fueron las de las senadoras Crexell, García Larraburu y Snopek, mientras que la senadora Catalfamo, que se ausentó en el año 2018, votó a favor de la ley de IVE en el año 2020. La

⁵⁹ Esto son los Senadores: Carlos Menem, Adolfo Rodríguez Saa y José Jorge Alperovich. Destacamos este último por encontrarse de licencia en virtud de una denuncia de abuso sexual por parte de una empleada de la Cámara.

senadora Snopek, quién votase en contra del proyecto de ley de IVE en el año 2018, se abstuvo en el año 2020, en tanto la senadora Crexell, que se abstuviere en de votar en 2018, votó a favor de la ley de IVE en el año 2020. Por su parte, la única senadora que cambió claramente su votación fue la senadora García Larraburu, en función de lo que explicase como un proceso reflexivo y personal de deconstrucción. Por ello, si bien en oportunidad del tratamiento del proyecto de ley de IVE del año 2018 votó en contra, en el año 2020 apoyó la legalización de las IVE. En su exposición se posiciona claramente como mujer que conoce y experimenta las consecuencias de los estereotipos de género una sociedad patriarcal:

(...) muchas de las mujeres que estamos aquí, en el recinto, que somos senadoras, somos parte de una generación bisagra. Nos criamos con parámetros del deber ser. Lo que era correcto, lo que se esperaba de nosotras, lo que era legítimo, como mujeres, como madres. Porque la maternidad siempre estuvo asociada a la condición de mujer, lamentablemente. A las que pudimos estudiar, hacer una carrera, se nos exigió aún más, mucho más que a nuestros pares varones. Teníamos que demostrar que éramos aptas, que éramos merecedoras. En toda nuestra vida siempre, siempre, rendimos examen ante la mirada masculina de la sociedad y la mirada del poder. A todas se nos impuso la noción del sacrificio personal. Siempre para satisfacer los estándares preestablecidos. A todas nos juzgan. Todas, en mayor o menor medida, fuimos víctimas de un sistema creado por y para hombres. Ahora lo vemos y le ponemos nombre. Esa normalidad es el patriarcado. Ahora también sabemos que ese proceso reflexivo en el que estructuramos nuestro comportamiento de manera permanente se llama deconstrucción. No es fácil, señora presidenta, deconstruirse. Tambalean las estructuras, aquello que considerábamos firme y sólido. De repente, estamos ahí, ante el abismo de lo nuevo por crear. (...)

Hace aproximadamente dos años, señora presidenta, yo me encontraba en este recinto sosteniendo una posición diferente a la de hoy. Las cosas cambiaron; otras no cambiaron tanto. Aprendí mucho en estos dos años y siento que haber transitado por los dos pensamientos y emociones respecto de esta ley me da una plusvalía para entenderla desde un lugar más amplio e integral; pero, sobre todo, señora presidenta, de más amor y más empatía. Soy la misma senadora que, en este tiempo, decidió seguir escuchando, escuchando a todas las partes, analizando diferentes situaciones, recibiendo diferentes testimonios; pero, sobre todo, señora presidenta, con un profundo respeto al que piensa distinto.

Mi voto, señora presidenta, es por una mujer libre, que pueda actuar, que pueda decidir según su propia conciencia, sin que nadie, nunca más, le diga lo que tiene que hacer con su propio cuerpo. Mi voto, señora presidenta, es un voto deconstruido; es un voto afirmativo.⁶⁰

De la totalidad de los votos emitidos, 14 fueron de senadores y 6 de senadoras nuevos que ocuparon banca luego del 2018⁶¹ que se expidieron por primera vez al respecto de la legalidad de las IVE. Estos 20 nuevos votos fueron 15 a favor de la ley mientras que 5 en contra. Respecto a los 5 votos en contra, cabe aclarar que 4 fueron de senadores varones, mientras sólo 1 de una senadora mujer, mientras que los 15 a favor, correspondían a 10 senadores varones y 5 mujeres. En otras palabras, de las 6 senadoras mujeres que, habiendo ingresado al Congreso luego de las elecciones del año 2019, por primera vez votaban sobre las IVE, el 83,33% apoyó la ley.

⁶⁰ Exposición de la senadora García Larraburu en la Sesión Especial Período 138º, 28ª Reunión, 23ª Sesión Especial – 29 y 30 de Diciembre De 2020. Versión taquigráfica disponible en: https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/despenalizacion-aborto/29_12_2020.pdf

⁶¹ Este número no contempla a quienes renovaron mandato, sino quienes ingresaron a la Cámara mediante las elecciones del año 2019, así como quienes suplantaron a senadores/as que hubiesen renunciado en el periodo 2018-2020.

En sus exposiciones manifestaron su representación como mujeres y el proceso de transformación sociocultural.

(...) quiero hacer más, y quiero poner en este Parlamento de la Nación, las voces de todas esas mujeres que están a lo largo y ancho del país, que están en las plazas, como les decía; pero también las de nuestras mujeres históricas, de las que nos marcaron el camino de esta lucha feminista, de nuestras ancestras. Y, principalmente, señora presidenta, de aquellas mujeres a las que el Estado no pudo llegar, a las que no llegamos a acompañar, a las que hoy no tienen voz porque hoy no están entre nosotros y entre nosotras. Una vez más nos toca estar acá, en este recinto de la Nación, para hacer cumplir la ampliación de derechos (...) Yo estuve en 2018 acá, afuera. Vine con mis compañeras de militancia de Tierra del Fuego, cuando fue la votación en Diputados. Lamentablemente, en el Senado no tuvimos el acompañamiento. Pero sé lo que es estar en esa marea verde. Sé lo que es estar con esas mismas ansias y ese mismo amor que hoy rodea a este Senado de la Nación (...) (Senadora Duran, debate del día 29/12/2020)⁶²

Como senadora, siento y pienso que tenemos una deuda histórica; una deuda histórica con la conquista y los derechos de las mujeres argentinas. Digo esto, porque en la historia del protagonismo de las mujeres en nuestro país, nadie nos regaló nada. Todo lo que conseguimos lo hicimos con lucha, con unidad, con consecuencia, con compromiso, anteponiendo siempre, por sobre todas las cosas y antes que nada, el camino de la verdad y reafirmando el compromiso con los derechos que nos asisten (...) Estos jóvenes que hoy nos acompañan, y que han asumido su compromiso en las calles del país, son los que han nacido en democracia, los que han vivido de las conquistas que he señalado anteriormente, y los que

⁶² Exposición de la senadora Duran en la Sesión Especial Período 138º, 28ª Reunión, 23ª Sesión Especial – 29 y 30 de Diciembre De 2020. Versión taquigráfica disponible en: https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/despenalizacion-aborto/29_12_2020.pdf

hoy reclaman más conquistas porque tienen la decisión de participar en la construcción de un país con menos exclusión, con más igualdades y con más derechos. Y tienen la decisión de asegurar este lugar que a las mujeres nos ha costado tanto alcanzar (...) (Senadora Gimenez, debate del día 29/12/2020)⁶³

Con gran emoción debo decirles que siento en mi piel la lucha de cada una de las mujeres, de cada una de las “colectivas”, de la Comisión por el Derecho al Aborto y de la gente de la campaña. Siento en mi piel la emoción de acordarme de Evita, de Cristina, que nos dieron el voto y la jubilación de la ama de casa. Siento en mi piel la emoción de cada una de las que perdieron la vida, de las mutiladas, de las criminalizadas, de las niñas violadas, de los niños huérfanos. Siento la gran emoción de cada una de las pibas, las jóvenes y viejas que están afuera, que están luchando, que están dándonos fuerza para esta ley salga. Siento gran emoción por toda la descendencia de todas nosotras, de las que fueron, de las que están afuera y de las que estamos adentro. Por todas ellas, señor presidente: ¡que sea ley! (Senadora Sapag, debate del día 29/12/2020)⁶⁴

En conclusión, si bien la ley de paridad de género en su reciente implementación no tuvo impacto en la conformación de la Cámara de Senadores, se puede observar una marcada tendencia del voto femenino hacia el apoyo a la legalización de las IVE. Por lo tanto, el aumento de la representatividad de las mujeres y la disminución en la participación masculina, donde se expresó mayoritariamente la resistencia a esta ley, muestra la importancia de garantizar la paridad en la participación política

⁶³ Exposición de la senadora Gimenez en la Sesión Especial Período 138º, 28ª Reunión, 23ª Sesión Especial – 29 y 30 de Diciembre De 2020. Versión taquigráfica disponible en: https://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/despenalizacion-aborto/29_12_2020.pdf

⁶⁴ Exposición de la senadora Sapag en la Sesión Especial Período 138º, 28ª Reunión, 23ª Sesión Especial – 29 y 30 de Diciembre De 2020. Versión taquigráfica disponible en: https://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/despenalizacion-aborto/29_12_2020.pdf

especialmente cuando se tratan de temas en las que tienen una incidencia directa las vivencias y trayectorias de mujeres y otras personas con capacidad de gestar.

VII. Reflexiones finales

El proceso institucional por la legalización de IVE permite advertir el impulso clave de la participación de mujeres en la toma de decisiones de políticas públicas vinculadas al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivas de las personas con capacidad de gestar.

La participación en política institucional que habilitan medidas como la ley de paridad, como sucedáneo del avance de la participación de las mujeres en distintas esferas públicas, auguran ser los comienzos de un proceso de transformación de la exclusión política y cultural hacia la ampliación de derechos. Sin embargo, este tipo de medidas deben ser implementadas como un punto de partida y no ejecutadas como techos a la participación de los grupos históricamente desaventajados.

Las mujeres, y otras identidades, hemos sido consideradas extranjeras en la política a raíz de supuestos roles fundados en una pretensa naturaleza que sólo escondió los entramados de poder de las culturas occidentales capitalistas heteropatriarcales. Por ello, la representación de nuestras voces en la toma de decisiones es una condición necesaria para la efectiva vigencia de nuestros derechos y la representación de nuestros intereses, permitiendo una democracia más legítima para toda la ciudadanía

En este sentido, si bien el sistema de paridad en las conformaciones de las listas de candidatos y candidatas, son herramientas imprescindibles para el acceso de las mujeres al proceso político, las medidas que el Estado deben tomar para comprometerse con la igualdad no pueden – ni deben - agotarse en ellas. Sostener lo contrario implicaría interpretar las acciones afirmativas desde el prisma de una igualdad formal ineficaz.

Muchas son las transformaciones necesarias para que las mujeres efectivamente accedamos y participemos en las esferas públicas en igualdad de condiciones, desde las redistribuciones de tareas doméstica y la socialización de los cuidados, hasta los cambios necesarios para prevenir y erradicar las violencias. La desigualdad de género, la violencia de género y la violencia hacia las mujeres en política están estrechamente vinculadas, tal como lo demuestra el hecho de que el mayor acceso de mujeres a puestos de toma de decisiones, aumentan las denuncias de casos de acoso y violencia en el ámbito político.

Para alcanzar la igualdad, la ciudadanía activa y participativa de todas las personas, y de esta manera una verdadera democracia, es imprescindible y urgente que llevemos adelante cambios radicales en nuestras vidas personales. Siguiendo a Pateman (1990)⁶⁵ la vida personal y la política están íntimamente relacionadas:

La creación de una vida personal y sexual libre e igualitaria es el cambio más difícil de lograr de todos los que se requieren para construir una sociedad verdaderamente democrática, precisamente porque no se trata de algo alejado de la vida cotidiana y que pueda ser defendido con lemas abstractos, mientras que la vida y la subordinación de las mujeres transcurren como siempre. Los ideales democráticos y las políticas de la democracia se deben llevar a la práctica en la cocina, la habitación de los niños y la recámara matrimonial (pág. 19)

En este sentido, en contextos de desigualdad como los que vivimos, las IVE implican la posibilidad de que, quienes tenemos la capacidad de gestar, no quedemos enmarcadas en términos biológicos a destinos no deseados y se nos infantilice en nuestra capacidad de tomar decisiones. La legalidad de las IVE va más allá de la posibilidad de interrumpir un embarazo, nos aproxima al reconcomiendo pleno de nuestro derecho de

⁶⁵ PATERMAN, Carole y SEFCHOVICH (1990). Feminismo y democracia. Debate Feminista, 1. <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/cieg.01889478p.1990.1.1848>

armar nuestros destinos, tomar nuestras decisiones, en definitiva, diseñar nuestro propio plan de vida. Para ello, la experiencia atravesada por las vivencias de nuestros cuerpos, necesitan tener voz en los lugares de toma de decisiones, en los lugares de poder institucional. Medidas como la paridad en las elecciones parlamentarias como las legalidades de las IVE se encuentran íntimamente imbricadas en la medida que nos permiten diseñar el escenario donde impulsar una vida personal y sexual libre e igualitaria. De cuerpos presentes, en eso estamos.

La capital de los Estados Unidos Mexicanos: Una ciudad constitucionalmente adjetivada

*The capital of the United Mexican States:
A constitutionally adjective city*

*A capital dos Estados Unidos Mexicanos:
uma cidade constitucionalmente adjetiva*

*La capitale des États-Unis du Mexique:
une ville constitutionnellement adjetivale*

墨西哥合众国的首都: 宪法规定的形容词城市

Alejandra Boto Álvarez¹
Universidad de Oviedo, España

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 184-208

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e514>

Recibido: 04/03/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: El trabajo se centra en la Constitución política de la Ciudad de México, aprobada en 2017 y que, en el marco de una tendencia global, da un gran protagonismo al fenómeno urbano. Siguiendo el método de análisis jurídico, se describe el contexto en que surge este primer texto constitucional para la capital federal de los Estados Unidos Mexicanos, y se presta atención especial a su forma y a su fondo. Se destaca en

¹ Autora de cuatro monografías científicas y de más de una treintena de artículos publicados en revistas jurídicas del máximo impacto en España, Francia, Italia, Eslovenia, Colombia, Argentina, Canadá y los Estados Unidos. Sus campos de especialización son la organización administrativa y el Derecho público comparado, así como las cuestiones ligadas al ámbito sanitario y el Estado del bienestar. botoalejandra@uniovi.es (ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7616-1236>).

particular el carácter nuclear de la ciudad, que se adjetiva con una profusión muy llamativa. El análisis se cierra con una reflexión crítica sobre el auténtico valor de la norma y de esta adjetivación, desde la perspectiva del contenido normativo aplicable y sus garantías, pero también como símbolo cultural e imagen de consenso.

Palabras clave: ciudad; derechos; constitución; normatividad.

Abstract: This paper focuses on the Political Constitution of Mexico City, adopted in 2017 and which, within the framework of a global trend, gives a great prominence to the urban phenomenon. Following the method of legal analysis, it describes the context in which this first constitutional text for the federal capital of the United Mexican States has emerged, and special attention is paid to its form and substance. The city is a nuclear character of the Constitution, with plenty of adjectives added in an extremely striking way. The analysis concludes with a critical reflection on the real value of the piece of law itself and of the adjectives for the city, from the perspective of the applicable normative content and its guarantees, but also as a cultural symbol and image of consensus.

Keywords: city; rights; constitution; normativity.

Resumo: O trabalho enfoca a Constituição Política da Cidade do México, aprovada em 2017 e que, no marco de uma tendência mundial, dá grande destaque ao fenômeno urbano. Seguindo o método da análise jurídica, descreve-se o contexto em que surgiu este primeiro texto constitucional para a capital federal dos Estados Unidos Mexicanos, com atenção especial à sua forma e conteúdo. O caráter nuclear da cidade se destaca em particular, que é um adjetivo com uma profusão muito marcante. A análise termina com uma reflexão crítica sobre o verdadeiro valor da norma e deste adjetivo, do ponto de vista do conteúdo normativo aplicável e das suas garantias, mas também como símbolo cultural e imagem de consenso.

Palavras-chave: Cidade, Direitos, Constituição, normatividade.

Résumé: Les travaux portent sur la Constitution politique de Mexico, approuvée en 2017 et qui, dans le cadre d'une tendance mondiale, donne une grande importance au phénomène urbain. Suivant la méthode de l'analyse juridique, le contexte dans lequel ce premier texte constitutionnel est né pour la capitale fédérale des États-Unis mexicains est décrit et une attention particulière est portée à sa forme et à sa substance.

Le caractère nucléaire de la ville se distingue en particulier, qui est un adjectif avec une profusion très frappante. L'analyse se termine par une réflexion critique sur la vraie valeur de la norme et de cet adjectif, du point de vue du contenu normatif applicable et de ses garanties, mais aussi comme symbole culturel et image du consensus.

Mot-clés: Ville, droits, Constitution, normativité.

摘要: 该工作的重点是2017年批准的墨西哥城政治宪法在全球趋势的框架内该现象极大地突出了城市现象。按照法律分析的方法描述了墨西哥合众国联邦首都第一部宪法文本出现的背景并特别关注其形式和实质这座城市的核特征尤其引人注目令人印象深刻令人叹为观止。从适用的规范内容及其保证的角度也作为一种文化的符号和共识的形象分析结束时对规范和该形容词的真实价值进行了批判性的反思。

关键字: 镇, 权利, 宪法, 规范性

I. Introducción

El fenómeno urbano es un auténtico *trending topic* académico. No es de extrañar, dado que hoy en día más de la mitad de la humanidad vive en las ciudades, y la tendencia seguirá al alza a medio plazo según todas las previsiones oficiales. De entre las diversas ramas de conocimiento, el Derecho público se viene encargando también de este fenómeno cada vez con mayor intensidad. Esto tampoco resulta sorprendente, puesto que al fin y al cabo todo lo que tiene que ver con el urbanismo en sentido amplio nace en origen muy vinculado al Derecho Administrativo, con una columna vertebral clásica en el poder de policía para ornato y salubridad en las ciudades, que después evolucionaría de la mano del concepto de plan, hasta la moderna ordenación del territorio (Martín Rebollo, 2009, págs. 66-68)². Así, el XV Congreso de la Asociación Española de

² MARTÍN REBOLLO, Luis (2009). "Derecho urbanístico: concepto y contenido", en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (dir.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, tomo I, págs. 65-79. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid.

Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en febrero de 2020 en Ibiza, se centró en el análisis de las transformaciones y retos de ciudad del siglo XXI, subrayando precisamente la indiscutible relevancia administrativista de la ciudad.

De entre las enriquecedoras ponencias y comunicaciones presentadas en ese Congreso, procede ahora destacar la firmada por la profesora de la Sierra que, a partir de la constatación de que la ciudad ya no es sólo un punto de llegada sino también de partida, analiza los diversos efectos de un fenómeno pujante: el de unas adjetivaciones que la mayor parte de las veces se vinculan a cuestiones de marketing y de “Marca Ciudad”, pero en otros comportan auténticas consecuencias jurídicas (de la Sierra Morón, 2020)³.

Siguiendo esa estela, este trabajo tiene como sustrato de estudio el ámbito de la *Ciudad* por excelencia: Ciudad de México, cuya primera Constitución, aprobada en 2017, precisamente la concibe de forma adjetivada hasta el extremo.

Ciudad de México, la aglomeración urbana más grande del continente americano y del orbe hispanohablante, es vista por el preámbulo de su Constitución, tópicamente la parte más dada al lenguaje “poético” de las normas (Gómez Sánchez, 1991)⁴, como una ciudad intercultural y hospitalaria, civilizatoria, libre, laica, digna y transparente. Pero, además y lo que es más llamativo, ya en la parte dispositiva del texto, la Ciudad se concibe como intercultural, pluriétnica, plurilingüe y pluricultural (art. 2), garantista (art. 5), de libertades y derechos (art. 6), democrática (art. 7), educadora y del conocimiento (art. 8), solidaria (art. 9), productiva (art. 10), incluyente (art. 11), habitable (art. 13), segura

³ DE LA SIERRA MORON, Susana (2020). “Las ciudades adjetivadas”, *Revista general de Derecho Administrativo*, núm. 55. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7640356>

⁴ GÓMEZ SANCHEZ, Juan Pablo (1991). “De los preámbulos y liminares constitucionales como metatextos (en el texto constitucional hispanoamericano)”, en *ELUA. Estudios de Lingüística*, núm. 7, págs. 117-136. Fecha de consulta: 14-09-2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.14198/ELUA1991.7.06>.

(art. 14) y global (art. 20). Todos estos adjetivos constituyen los intitulados de los respectivos artículos. La ciudad pluricultural es además el tenor de todo un capítulo (el VII, art. 57-59). Sólo por ello entiendo que el caso puede merecer un análisis detallado, pero además la Ciudad de México es un buen ejemplo del concepto renovado de ciudad, un conglomerado urbano no encorsetado por perímetros municipales, pues hablamos -como se verá- de un nivel de gobierno y administración superior a estos, y necesitado de soluciones metropolitanas (Tolivar Alas, 2020)⁵.

Tras una breve presentación de la génesis de la Constitución política de la Ciudad de México que, redactada desde una perspectiva de derechos, entre otras cosas contiene una regulación positiva concreta del derecho a la ciudad y de distintos derechos en la ciudad (Alonso Ibáñez, 2018)⁶, se presta atención especial al contenido efectivo de la profusa adjetivación constitucionalizada de la megalópolis. Esta, quizá, ante todo, sigue siendo la capital de los Estados Unidos Mexicanos.

1. La construcción de la Ciudad de México a partir de la capitalidad federal

Formalmente, la Ciudad de México nace como tal en 2016, al culminarse el proceso de la llamada Reforma Política del Distrito Federal (Concha Cantú, 2017)⁷. Ello daría lugar a la reforma de la Constitución federal primero y la apertura posterior del primer proceso constituyente en su capital. El poder constituyente se integró por 100 diputados, 40 de ellos designados por órganos

⁵ TOLIVAR, Alas (2020). "Gobierno dé y desde la ciudad", en BARRERO RODRÍGUEZ, C. y SOCÍAS CAMACHO, J. M. (coord.), *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y retos*, págs. 59-83. INAP, Madrid.

⁶ ALONSO IBAÑEZ, Marcelo dir. (2018). *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades. Estudios jurídicos*. Tirant lo Blanch, Valencia.

⁷ CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro (2017). "La evolución político-institucional de la Ciudad de México", en Esquivel, G., Ibarra Palafox, F. A. y Salazar Ugarte, P. (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, págs. 53-74, tomo 4: Estudios políticos. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Belisario Domínguez, México.

políticos ya constituidos (Presidente de la República, Cámaras de Diputados y Senadores y Jefe de Gobierno del Distrito Federal) y 60 electos mediante voto público. Hubo además un Grupo Redactor, multidisciplinar, integrado por 30 personalidades de la academia, de la sociedad civil organizada, de la Administración pública, así como de la vida política nacional y de la ciudad. La Constitución política de la Ciudad de México vería finalmente la luz en 2017; sobre la utilidad y necesidad de este texto puede verse Serna de la Garza (2016)⁸. En general sobre la convivencia de distintos textos constitucionales en México: Martí Capitanachi (2002)⁹.

A su vez, la creación del Distrito Federal se había concretado en una Ley constitucional expedida por el Congreso Constituyente el 18 de noviembre de 1824. Anteriormente, la Ciudad de México era capital del Estado de México. Para justificar el cambio al Distrito Federal se esgrimió en su momento el argumento de la imposibilidad de que existieran dos jurisdicciones en un mismo territorio. La interpretación de la relación entre el Distrito Federal y la Federación ha partido siempre de la no confusión pues, aunque formalmente mantuviera una relación de dependencia con la Federación, desde el punto de vista material el Distrito Federal era una entidad local diferente a la misma (Mejía Garza, 2017)¹⁰.

El Distrito Federal en todo momento fue en efecto una entidad *sui generis* (López Olvera, 2005)¹¹, detrás de la que latían

⁸ SERNA DE LA GARZA, José María (2016). "Reflexiones sobre la justificación de una Constitución para la Ciudad de México", en VV.AA., *Hacia una Constitución para la Ciudad de México*, págs. 51-59. México: Senado de la República.

⁹ MARTÍ CAPITANICH, Lucas (2002). "Las Constituciones locales en el sistema federal mexicano ¿son verdaderas constituciones?", en SERNA DE LA GARZA, J. M. (coord.), *Federalismo y regionalismo*, pp. 645-661. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹⁰ MEJÍA GARZA, Raúl Manuel (2017). "Artículo 43" y "Artículo 44", en COSSÍO, J. R. (coord.), *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, págs. 869 y ss. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

¹¹ LÓPEZ OLVERA, Jorge (2005). "Marco constitucional de la Administración pública del Distrito Federal", en Fernández Ruíz, J. (coord.), *La Constitución y el Derecho Administrativo*,

tensiones distintas y aspiraciones de una autonomía creciente (González Oropeza, 2002)¹². La situación llegó a tornarse insostenible debido a distintos factores demográficos, sociales y también económicos (Ibarra Muñoz y Dosal, 2016, págs. 3-40)¹³. Las principales críticas tenían que ver con la débil representación política de sus habitantes (Matute González, 2018, pág. 237)¹⁴.

La evolución y los hitos más característicos de la referida Reforma Política, así como los antecedentes de la misma, se reflejan en la Figura 1.

Fig. 1: Del Distrito Federal (DF) a la Ciudad de México (CDMX)

Fecha	Hito	Principales características
1325- 1521	Tenochtitlán-capital de Nueva España	Precedentes históricos del DF
1824	Primera Constitución mexicana	Establecimiento del DF. Residencia de los supremos poderes de la Federación. Formalmente no se considera una entidad federativa.
1836	Etapa centralista	Sustitución del DF por el Departamento de México. Ciudad de México sigue siendo capital del país.
1846-1847	Restablecimiento Constitución 1824	Restablecimiento del DF. Gobierno encomendado a poderes federales. Consideración implícita como entidad federativa.

págs. 165-185. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

¹² GONZALEZ OROPEZA, Manuel (2002). "La condición jurídica de la sede de los poderes federales en México", en SERNA DE LA GARZA, J. M. (coord.), *Federalismo y regionalismo*, págs. 183-196. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹³ IBARRA MUÑOZ, David. y DOSAL, Ricardo. (2016). "La ciudad de México y su nueva constitución en el entorno nacional", en *Economía UNAM*, núm. 38, págs. 3-40. Fecha consulta 14-09-2020. URL: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/55357>

¹⁴ MATUTE GONZALEZ, Fernando (2018). *El Estado de las autonomías y el buen gobierno*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

Fecha	Hito	Principales características
1857	Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos	Mantenimiento del DF. Primeras aspiraciones de independizar a la ciudad de México de la tutela federal, elevándola a la categoría de Estado (frustradas).
1859	Régimen Habsburgo	Capital del Imperio.
1867-1874	Restablecimiento constitucional	Restablecimiento DF.
1901	Régimen de Porfirio Díaz	Se atribuye al Congreso de la Unión competencia para legislar en los asuntos relativos al DF
1903	Ley de Organización Política y Municipal del DF	Gobierno y Administración corresponden a órganos federales.
1917	Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)	Gobierno dependiente del Presidente de la República; legislación a cargo del Congreso de la Unión.
1897	Reforma constitucional	Crea la Asamblea de Representantes del DF, germen de un futuro poder legislativo propio.
1994	Reforma constitucional	Se crea el Consejo de la Judicatura del DF.
1997	Reforma constitucional	Nace la Asamblea Legislativa del DF y su Jefe de Gobierno pasa a elegirse por voto directo de los ciudadanos y no por designación federal.
2001-2009	Programa de Reforma política del DF	Se aspira a conseguir más autonomía sin que eso tenga que suponer dejar de ser la sede de los poderes federales o la capital del país
2016	Reforma constitucional	DF desaparece de CPEUM. Nace CDMX.
2017	Constitución política de CDMX	Deroga a la vieja institución del Estatuto de Gobierno del DF. Primera constitución local no estatal.

Fuente: Elaboración propia a partir de Camacho Vargas (2016)¹⁵ y Olvera Acevedo (2019)¹⁶.

¹⁵ CAMACHO VARVAS, Jorge (2016). "Evolución constitucional de la Ciudad de México", en VV.AA., Apuntes y comentarios a la esencia constitucional mexicana (1917-2016), págs. 416-435. Ciudad de México: Publicaciones de la Cámara de Diputados.

¹⁶ OLVERA ACEVEDO, Alejandro (2019). *Ciudad de México. La reforma jurídico-política del Distrito Federal*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

En su redacción vigente, y fruto de la reforma de 2016 (operada por Decreto de la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión firmado por el Presidente el 29 de enero de 2016), la Constitución federal dispone en su artículo 40 que

es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Las partes integrantes de la Federación son 31 Estados¹⁷; así como la Ciudad de México (art. 43). La Ciudad de México es la entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos; se compondrá del territorio que actualmente tiene y expresamente se prevé que, en caso de que los poderes federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en un Estado de la Unión con la denominación de Ciudad de México (art. 44).

Por su parte, la Constitución política de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México de 5 de febrero de 2017, dispone que esta es la capital de los Estados Unidos Mexicanos, sede de sus poderes y entidad integrante de la Federación (art. 1). Adopta una forma de gobierno republicana, democrática, representativa, laica y popular, bajo un sistema de división de poderes, pluralismo político y participación social (art. 1.3 y 28). Territorialmente, la Ciudad se articula en 16 demarcaciones¹⁸, autónomas en su gobierno interior, a cargo

¹⁷ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

¹⁸ Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Benito Juárez, Coyoacán, Cuajimalpa de Morelos, Cuauhtémoc, Gustavo A. Madero, Iztacalco, Iztapalapa, La Magdalena Contreras, Miguel Hidalgo, Milpa Alta, Tláhuac, Tlalpan, Venustiano Carranza y Xochimilco. El perímetro y denominación de estas demarcaciones coincide con las delegaciones políticas preexistentes,

de una Alcaldía dotada de personalidad jurídica y autonomía con respecto a su administración. El gobierno local y la autonomía se han visto así reforzados con la reforma¹⁹ (Quintana Balbín, 2017)²⁰, si bien aún quedan bastantes retos pendientes sobre todo en relación con el fenómeno metropolitano y la participación ciudadana.

2. La ciudad y los derechos en la Constitución de la Ciudad de México

La Constitución de la Ciudad de México de 2017 es un texto sumamente interesante desde muchas perspectivas. Así, frente a la Constitución federal y a las estatales, contiene novedades como el reconocimiento de nuevos derechos humanos²¹, la ampliación de los derechos de los pueblos originarios y comunidades indígenas residentes, y mecanismos de democracia

de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Alcaldías de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de mayo de 2018.

¹⁹ Es más, la Ley Orgánica citada en la nota precedente incluso reconoce personalidad jurídica a los pueblos y barrios originarios y a las comunidades indígenas residentes establecidos en sus demarcaciones territoriales, y, con ello, a sus autoridades y representantes legal y legítimamente nombrados en el marco de sus sistemas normativos, como sujetos colectivos de derecho (art. 215).

²⁰ QUINTANA, Balbín (2017). “La Ciudad de México y la vida municipal”, en RENDÓN HUERTA BARRERA, T. (coord.), *Hacer ciudad, hacer ciencia. La agenda de los gobiernos locales del siglo XXI. Homenaje a Alicia Ziccardi Contigiani*, págs. 223-247. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

²¹ La cuestión fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, por entenderse que la regulación de los derechos humanos a nivel local altera el sistema constitucional y convencional al que está sujeto el Estado mexicano. La Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que el Constituyente de la Ciudad de México tenía facultades para legislar sobre derechos humanos, desarrollarlos e, incluso, crear nuevos derechos, siempre y cuando se respetasen los ámbitos de competencia de la Federación, de las otras entidades federativas y el contenido de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia de 6 de septiembre de 2018, dictada en la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 25 de abril de 2019). La sentencia tiene casi 400 páginas, con votos particulares de 9 de los 11 magistrados del pleno, lo que en cierta manera puede explicar el gran retraso, no ya en su adopción, sino sobre todo en su publicación posterior.

directa y participativa. Sin embargo, también es un texto criticado por presentar una cierta impronta neoliberal, por no haber recogido derechos como la renta básica, la ciudadanía universal o la desobediencia civil (Cárdenas Gracia, 2017, pág. 104)²². Asimismo, se ha tildado de “error histórico” el no haber previsto un régimen de competencias único y ajustado a su propia realidad (Rabell García, 2017, pág. 268)²³. Tal y como explica Orozco (2017)²⁴, se llegaron a impugnar 40 de los 71 artículos de la Constitución de la Ciudad a través de un amparo y siete recursos: cuatro acciones de inconstitucionalidad y tres controversias constitucionales.

Estamos ante un texto que integra 71 artículos estructurados en ocho títulos. En el primero existen tres disposiciones generales; el segundo consagra una “Carta de Derechos” y se compone de dos capítulos: el primero se dedica a las normas y garantías de los derechos humanos y el segundo, propiamente a estos derechos. El título tercero, con un capítulo único, versa sobre el desarrollo y planeación democrática. El cuarto título, bajo el lema de ciudadanía y ejercicio democrático contiene de nuevo dos capítulos, el primero sobre las personas originarias y las que habitan la Ciudad de México, y el segundo sobre democracia directa, participativa y representativa. En el título quinto (consagrado a la distribución de poder) existe un artículo inicial que no se engloba en un capítulo propio, y que se refiere al poder público de la Ciudad; después se abren siete capítulos. De forma bastante sistemática, el primero se dedica a la función legislativa, el segundo a la función ejecutiva y el tercero a la función judicial. A partir de ahí,

²² CÀRDENAS GRACIA, Jaime (2017). La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

²³ RABELL GARCÍA, Enrique (2017). “La reforma política de la Ciudad de México”, en *Cuestiones constitucionales*, núm. 36, págs. 243-270. Fecha consulta 14-09-2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88552786009.pdf>.

²⁴ OROZCO, Jorge (2017). “Las impugnaciones a la Constitución Política de la Ciudad de México. *Temas Estratégicos*, núm. 46. Fecha consulta 14-09-2020. Disponible en: <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/3500>.

el capítulo cuarto se titula seguridad ciudadana y procuración de justicia; el quinto a los organismos autónomos, el sexto a las demarcaciones territoriales y Alcaldías, y el séptimo y último a la ciudad pluricultural. El título sexto se inicia también con un artículo suelto, sobre debido ejercicio y probidad en la función pública, antes de dividirse en dos capítulos, el primero sobre el combate a la corrupción y el otro sobre el régimen de responsabilidades. El séptimo título se centra en el carácter de capital de los Estados Unidos Mexicanos y tiene un único artículo sin mención de capítulo y que se refiere al régimen de capitalidad²⁵. El octavo y último título de la parte dispositiva de la Constitución se consagra a la estabilidad constitucional y contiene tres artículos, se nuevo sin división capitular. Existen además 39 disposiciones transitorias. El texto es en su conjunto largo y farragoso; y es que, si bien el número de artículos no parece excesivo, todos tienen textos muy largos con varias subdivisiones internas y una prosa reiterativa y en gran medida tautológica. Ello complica considerablemente la lectura, el análisis y la cita de los preceptos²⁶.

Uno de sus más loados logros es la concreción del derecho a la ciudad en su artículo 12, señalando que consiste en el uso y el usufructo pleno y equitativo de la ciudad. Se funda en los principios de justicia social, democracia, participación, igualdad, sustentabilidad, de respeto a la diversidad cultural, a la naturaleza y al medio ambiente, y se configura como

un derecho colectivo que garantiza el ejercicio pleno de los derechos humanos, la función social de la ciudad, su gestión democrática y asegura la justicia territorial, la inclusión social y la distribución equitativa de bienes públicos con la participación de la ciudadanía.

Se trata de un avance importante tratando de positivizar las ideas políticas de finales de los años sesenta de Lefebvre; sin

²⁵ Esta vez no se indica siquiera que se trate de un capítulo único a diferencia de la opción por la que se decantó el constituyente en el título tercero ya comentado.

²⁶ El texto de la Constitución ocupa de hecho 180 páginas del Boletín Oficial.

embargo, el derecho a la ciudad no es sólo un catálogo de derechos, ha de complementarse con políticas públicas e instrumentos técnico- jurídicos para poder ejercerlos (Borja, 2018, pág. 15)²⁷. Es aquí donde la Constitución de la capital federal presenta sus mayores debilidades, tal y como se tratará de exponer.

Antes, sin ánimo exhaustivo, se comentan algunos derechos con dimensión urbana que engarzan con el derecho a la ciudad. Dada la gran extensión del texto constitucional, y las limitaciones de espacio de este trabajo, se utilizan como guía los derechos destacados por el profesor Ponce Solé (2019)²⁸ y así cabe señalar:

2.1 En materia de desarrollo (sostenible) local y derecho a medioambiente

El desarrollo económico sustentable y solidario con visión metropolitana es un principio rector que la Ciudad de México asume en su artículo 3.2.a). La promoción del desarrollo sostenible es una obligación de las autoridades públicas en el marco al derecho a una vida digna (art. 9.A) para que, progresivamente, se erradiquen las desigualdades estructurales y la pobreza, y se alcance una justa distribución de la riqueza y del ingreso entre personas, familias, grupos sociales y ámbitos territoriales. Ese mismo artículo establece que todas las personas tienen derecho a un mínimo vital para asegurar una vida digna en los términos de la misma Constitución (Aguirre Hernández, 2018)²⁹.

²⁷ BORJA, Jordi (2018). "Ciudadanía y Derechos en una nueva era", en CORTI, Horacio y BORJA, Jordi *Derecho a la ciudad: conquista política y renovación jurídica*, págs. 15-96. Jusbairens, Buenos Aires.

²⁸ PONCE SOLÉ, Julia (2019). "El derecho a la ciudad y la Nueva Agenda Urbana: una aproximación integrada y sistémica a los derechos en la ciudad con referencia al derecho a la vivienda", en PONCE SOLÉ, Julia, MIGLIARI, W. y CAPDEFERRO Villagrasa, O. (coords.), *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano*, págs. 115-151. Atelier, Barcelona.

²⁹ AGUIRRE HERNÁNDEZ, Jorge Manuel (2018). *Dignidad humana y mínimo vital: dos derechos de construcción jurisprudencial contra la pobreza*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

En el marco de la ciudad productiva (art. 10) se reconoce un derecho al desarrollo sustentable, según el cual toda persona tiene derecho a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Y en relación con la ciudad habitable (art. 13) se consagra el derecho a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la persona, así como el derecho a la vía y al espacio público. El precepto deriva de una iniciativa ciudadana presentada el 25 de octubre de 2016 ante la Mesa Directiva de la Asamblea Constituyente, propuesta por más de sesenta asociaciones, actores sociales y ciudadanos que buscaban que la Constitución previera una concepción integral del entorno, alejada del antropocentrismo tradicional y entre otras cosas dispone que los espacios públicos son bienes comunes. Tienen una función política, social, educativa, cultural, lúdica y recreativa. Las personas tienen derecho a usar, disfrutar y aprovechar todos los espacios públicos para la convivencia pacífica y el ejercicio de las libertades políticas y sociales reconocidas por esta Constitución, de conformidad con lo previsto por la ley. Se entiende por espacio público el conjunto de bienes de uso común destinados a la generación y fomento de la interacción social, o bien, que permitan el desarrollo de las personas.

Pero, además, al desarrollo sustentable de la ciudad se consagra todo el Título III de la norma, donde se regulan cuestiones de ordenación del territorio y planeamiento, vivienda e infraestructuras, entre otras muchas cosas (art. 15-21). Es una muestra del carácter global de los principios de sostenibilidad urbanística que, frente al modelo expansivo tradicional, han llegado asimismo a nuestro ámbito nacional por influencia, en nuestro caso, del *soft law* de la Unión Europea (Quintana López, 2018, págs. 22-30)³⁰.

³⁰ QUINTANA LOPEZ, Tomas (2018). *Cambio de paradigma: del urbanismo expansivo a la sostenibilidad*. Universidad de León, León.

Volviendo al desarrollo local en la Constitución de la Ciudad de México, también se configura como una finalidad de las Alcaldías (art. 53); la previsión en este caso trasciende además fronteras, de manera que no hay una limitación al desarrollo propio, sino la consagración de una atribución local para una auténtica cooperación al desarrollo internacional. Es una previsión avanzada, en el marco de lo que se ha identificado doctrinalmente con una “democracia cosmopolita”, que lleva a la ciudad a ser un espacio de afirmación de derechos y de apoyo a la construcción de instituciones (Malaret i García, 2006, pág. 87)³¹.

2.2. En relación con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación

Además de ser asimismo un principio rector de la Ciudad de México (art. 3), la igualdad y no discriminación se configura como un principio de interpretación y aplicación de los derechos humanos (art. 4). Se garantiza la igualdad sustantiva entre todas las personas sin distinción por cualquiera de las condiciones de diversidad humana. Y se dispone que las autoridades adoptarán medidas de nivelación, inclusión y acción afirmativa. En concreto, se prohíbe toda forma de discriminación, formal o de facto, que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto o resultado la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos de las personas, grupos y comunidades, motivada por origen étnico o nacional, apariencia física, color de piel, lengua, género, edad, discapacidades, condición social, situación migratoria, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencia sexual, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, estado civil o cualquier otra. También se considerará discriminación la misoginia, cualquier

³¹ MALARET GARCÍA, Elisenda (2006). “Municipios, democracia cosmopolita y cooperación al desarrollo descentralizada” en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 300-301, págs. 73-96. Fecha consulta 14-09-2020. URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/issue/view/603>

manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, islamofobia, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia. La negación de ajustes razonables, proporcionales y objetivos, se considerará igualmente discriminación.

Tiene proyección respecto a las familias (art. 6), el acceso a la función pública (art. 7), la ciencia (art. 8), la solidaridad (art. 9), el trabajo (art. 10) y los grupos y personas vulnerables (art. 11). Específicamente se cita en relación con las mujeres, el colectivo LGBTTTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travesti, transexuales e intersexuales) y las minorías religiosas.

La igualdad es por otra parte una condición para el ejercicio del derecho a la movilidad y al disfrute del tiempo libre (art. 13). En materia de movilidad se establece una jerarquía que otorga prioridad a los peatones y conductores de vehículos no motorizados, fomentando una cultura de movilidad sustentable. La previsión es sumamente necesaria, dado que en la Ciudad de México y su zona metropolitana los problemas de transporte son particularmente graves (Lozano, 2017, págs. 67-73)³². De esto último se ocupa el artículo 19, donde se dispone que las autoridades deberán impulsar gradualmente un desarrollo incluyente, funcional y eficiente para los habitantes de la Ciudad de México a través de la coordinación con la Federación, los Estados y Municipios conurbados de la Zona Metropolitana del Valle de México y la Región Centro del país, coherente con el Sistema de Planeación Nacional y el de la Ciudad de México. Se identifican como áreas de interés metropolitano la planeación democrática del desarrollo y la prestación de servicios públicos de impacto regional y metropolitano, y las materias de asentamientos humanos, gestión ambiental, movilidad, transporte, agua, saneamiento, gestión de residuos, seguridad ciudadana y demás facultades concurrentes. En desarrollo de todo

³² LOZANO Calvo (2017). "Infraestructura y servicios de transporte", en COSSIO DÍAZ, J. R. y ALCOCER MARTÍNEZ DE CASTRO, S. M. (coord.), *Infraestructura y Derecho. El caso de la Constitución Política de la Ciudad de México*, págs. 59-75. Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

ello se aprobaría la Ley del sistema de planeación del desarrollo de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial el 20 de diciembre de 2019. En ella se abordan cuestiones de movilidad, seguridad y desarrollo urbano.

Respecto al tiempo libre, se dispone que toda persona tiene derecho a tener tiempo para la convivencia, el esparcimiento, el cuidado personal, el descanso, el disfrute del ocio y a una duración razonable de sus jornadas de trabajo. En atención al principio de igualdad sustantiva, las autoridades impulsarán políticas sociales, económicas y territoriales que liberen tiempo y permitan a las personas alcanzar el bienestar.

2.3. Sobre derecho a la vivienda, medioambiente urbano e igualdad

El derecho a la vivienda se integra dentro de la concepción de la ciudad solidaria (art. 9). Se dispone así que toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada para sí y su familia, adaptada a sus necesidades. Igualmente se prescribe que las autoridades tomarán medidas para que las viviendas reúnan condiciones de accesibilidad, asequibilidad, habitabilidad, adaptación cultural, tamaño suficiente, diseño y ubicación seguros que cuenten con infraestructura y servicios básicos de agua potable, saneamiento, energía y servicios de protección civil. Se dispone que se impulsarán planes accesibles de financiamiento, medidas para asegurar gastos soportables y la seguridad jurídica en la tenencia de la vivienda, y que se adoptarán medidas, de conformidad con la ley, contra el desalojo arbitrario e ilegal de los ocupantes de la vivienda.

La vivienda vuelve a aparecer reforzada en el marco de la ciudad incluyente (art. 11), en particular respecto a los derechos de las personas jóvenes, y es objeto de una regulación detallada en sede de ordenación del territorio (art. 16). Allí se dispone que la vivienda es un componente esencial del espacio urbano, del ordenamiento territorial, de la vida comunitaria y del bienestar de las personas y las familias, y que la Constitución reconoce la producción social y privada de vivienda.

2.4. En materia de educación no segregada

Si bien este concreto aspecto no se menciona expresamente, la educación integral e inclusiva se impulsa por la Ciudad de México para la construcción del futuro (art. 1.6). Se configura un derecho a la educación en sexualidad y servicios de salud integrales, con información completa, científica, no estereotipada, diversa y laica (art. 6). La Ciudad de México asume la educación como un deber primordial y un bien público indispensable para la realización plena de sus habitantes, así como un proceso colectivo que es corresponsabilidad de las autoridades de los distintos órdenes de gobierno en el ámbito de sus facultades, el personal docente, las familias y los sectores de la sociedad (art. 8).

2.5. Sobre libertad religiosa

El artículo 6 recoge el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, y religión. Este derecho implica la libertad de tenerla o no, así como de conservarla o cambiarla. Igualmente se dispone que toda persona tiene derecho a actuar de acuerdo a sus convicciones éticas. El artículo 11 reconoce los derechos a una vida libre de violencia y discriminación religiosa, así como a expresar sus convicciones en lo privado y en lo público, en los términos de la ley. No obstante, se reserva un espacio laico para las instituciones públicas y así no podrán acceder a la condición de diputados, alcaldes o jefes de Gobierno los ministros de culto (art. 29, 32, 53).

2.6. Respecto a la seguridad urbana

La seguridad urbana y ciudadana es objeto específico del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de México. La primera supone el derecho a vivir en un entorno seguro, a la protección civil, a la atención en caso de que ocurran fenómenos de carácter natural o antropogénico, así como en caso de accidentes por fallas en la infraestructura de la ciudad. La segunda

conlleva el derecho a la convivencia pacífica y solidaria, y a vivir libre de amenazas generadas por el ejercicio de las violencias y los delitos.

Más allá de esto la seguridad se menciona también respecto a la alimentación y la atención sanitaria (art. 9); es jurídica en clave de derecho al mantenimiento de la vivienda y mercados públicos (art. 10); y se decanta también como un valor en la atención a personas mayores, en situación de calle y privadas de su libertad (art. 11). En el marco de la ciudad habitable, la seguridad es una característica esencial del derecho al espacio público y la movilidad (art. 13).

2.7. En relación con el buen gobierno y la buena administración

Buen gobierno y buena administración es el encabezamiento del título sexto (art. 60-67) con previsiones sobre probidad en la función pública, lucha contra la corrupción, fiscalización y régimen de responsabilidades que han merecido bastantes críticas (Sandoval Ballesteros, 2018)³³.

La adjetivación es aquí también profusa respecto al gobierno, que resulta ser abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero, incluyente, y resiliente. Y debe procurar el interés público y combatir la corrupción. Teniendo en cuenta las carencias históricas de la representación democrática en la capital federal a las que ya se ha hecho referencia más arriba, sorprende que la participación no se subraye más.

Existen, no obstante, algunos mecanismos al respecto, diseminados eso sí a lo largo de todo el texto constitucional. Se ha dispuesto así una “silla ciudadana” en las Alcaldías (art. 56) que será ocupada por las o los ciudadanos que así lo soliciten cuando

³³ SANDOVAL BALLESTEROS, Irma (2018). “Análisis crítico del título sexto sobre combate a la corrupción y buen gobierno de la constitución política de la ciudad de México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 152, págs. 869-912. Fecha consulta 14-09-2020. URL: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332018000200869&script=sci_arttext. DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.152.12929>.

en las sesiones se traten temas específicos de su interés, a fin de que aporten elementos que enriquezcan el debate, con voz pero sin voto. Igualmente se ha creado un Consejo Económico, Social y Ambiental de la Ciudad de México, órgano de diálogo social y concertación pública que se integra por representantes de organizaciones de la sociedad civil, empresariales, de trabajadores y de profesionales, instituciones académicas, así como de las alcaldías y colaborará con el gobierno local, las Alcaldías y el Cabildo en la promoción del desarrollo social incluyente, el cumplimiento de los derechos, el fomento del crecimiento económico sustentable en la viabilidad y equilibrio fiscal de la Ciudad y el empleo, y la justa distribución del ingreso (art. 17).

De manera no sorprendente, uno de los primeros desarrollos constitucionales ha sido, en el verano de 2019, la aprobación de una Ley de participación ciudadana para la Ciudad³⁴. La norma está construida sobre una democracia tripartita: directa, participativa y representativa.

Volviendo al texto constitucional, el gobierno abierto se define de manera “sistémica” y así se prevé que los entes públicos deberán informar a través de una plataforma de accesibilidad universal, de datos abiertos y apoyada en nuevas tecnologías que garanticen de forma completa y actualizada la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información. Asimismo, se deberán generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales. La ley establecerá los mecanismos para su cumplimiento.

La Constitución en este punto no sólo consagra el derecho a la buena administración, sino que también establece un principio de garantía de su debido ejercicio en la función pública. Se señala así que será garantizado a través de las vías judiciales y administrativas para su exigibilidad y justiciabilidad, eso sí,

³⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 12 de agosto de 2019.

“en los términos que determine la ley”. Por ello, y como se verá con más detalle en el epígrafe siguiente, la consagración constitucional no es suficiente por sí para la implementación de derecho alguno, pues por ejemplo en este caso será imprescindible desarrollar un sistema integrado de gestión pública, de profesionalización de la función pública, de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales y un Sistema Local Anticorrupción (Aceves Díaz de León, 2018, pág. 28)³⁵.

3. Discusión

Dentro de la globalización imperante, es lógico que los distintos actores jurídicos busquen la manera de diferenciarse, subrayar sus compromisos generales y marcar sus prioridades políticas. El lenguaje es a estos efectos una técnica con gran potencial y existen adjetivos muy evocadores que, al unirse al nombre de un determinado agente, generan una fuerte visibilidad con grandes impactos positivos.

Los propios legisladores son conscientes de ello, y así se viene denunciando por ejemplo que, en los últimos tiempos, y sobre todo en algunos contextos, las leyes se están convirtiendo en “relatos publicitarios/plebiscitarios de quienes las promueven” (Taillefait, 2019, pág. 2356)³⁶, o en ejercicios de “marketing” (Verpeaux, 220, pág. 205)³⁷. La prosa normativa es cada vez menos neutral incluso en países con una sólida tradición de técnica legislativa como Francia, algo que muchas veces lleva a que las leyes contengan previsiones pomposas de

³⁵ ACEVES DÍAZ DE LEÓN, Jesús (2018). “El derecho a la buena Administración Pública en la Constitución Política de la Ciudad de México y su aporte a la gobernanza”, en López Velarde Campa, J. A. (coord.): *La gobernanza en la Ciudad de México. Visiones multidisciplinarias*, págs. 17-38. Escuela de Administración Pública, Ciudad de México.

³⁶ TAILLEFAT, Antony (2019). “Déontologie et égalité professionnelle après la Loi Dussopt”, en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 40, págs. 2356-2363.

³⁷ VERPEAUX, Michael (2020). “Une nouvelle loi relative aux collectivités territoriales : la proximité ou la décentralisation ? ”, en *Revue française de droit administratif*, núm. 2, págs. 205-213.

alcance vacío, pues no siempre los instrumentos políticos tienen cabida en el derecho positivo por mucho que formalmente se incorporen a él. Si esto es perturbador en el ámbito legal y reglamentario, aún lo es más cuando el fenómeno se produce en una norma constitucional pues, por ejemplo, dudar sobre el verdadero alcance de los adjetivos positivizados acaba conduciendo a cuestionar el valor de la misma Constitución.

Esto es lo que sucede en muchos aspectos de la Constitución Política de la Ciudad de México que hasta aquí se ha venido analizando.

Allí se presenta una ciudad caracterizada, entre otras cosas, como segura, productiva y habitable, lo que para empezar no se sabe si es una mera declaración de estatus (y en tal caso cuál es el parámetro comparativo) o, lo que seguramente es más plausible, una aspiración principal de desarrollo gradual y progresivo. El hecho de tratarse de la primera Constitución de esta entidad federativa, con el contexto histórico y social que aquí se ha presentado, y el haber sido fruto de un ejercicio amplísimo de concertación, da lugar a un texto que resulta muy alejado de la concepción normativa de las Constituciones modernas (García de Enterría, 1979, págs. 293-298)³⁸, exagerado e inabarcable incluso en la clave neo-constitucionalista llamada a conectar con el constitucionalismo latinoamericano (Belloso Martín, 2015)³⁹.

Esa ciudad, que también es incluyente, solidaria y pluricultural, no se protege con garantías sustantivas concretas, sino por remisión a un catálogo casi interminable de derechos que

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1979). "La constitución como norma jurídica", en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 2-3, págs. 291-342. Fecha de consulta: 14-09-2020. URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1979-20029100342

³⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria (2015). "El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, págs. 21-53. Fecha de consulta: 14-09-2020. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6448/7416>

sin embargo no se sabe bien ante quién y cómo podrán hacerse valer. No existe una formulación nítida de principios o reglas, ni parece garantizarse siempre el contenido mínimo esencial de los derechos que permitiría constatar esa realidad adjetiva.

Sirva como ejemplo la configuración del derecho a la salud, que no es plenamente universal, o la ausencia en el texto constitucional de una garantía tan elemental como el saneamiento público de agua en una zona sometida a fortísimas tensiones ambientales y de suministro (Simental Franco, 2014)⁴⁰. Sobre el derecho a la salud, el artículo 9.D.2 limita subjetivamente el acceso al sistema de salud público a los “residentes”, al tiempo que el 9.D.3 establece la obligación de las autoridades locales de asegurar “de forma progresiva” la cobertura universal de los servicios e infraestructuras médicos y hospitalarios. Respecto al agua, los artículos 9.F.2 y 9.F.3 consagran la gestión pública y una cobertura universal, pero sin establecer unas elementales obligaciones de calidad (Ruíz de Apodaca Espinosa, 2012)⁴¹, algo que forma parte intrínseca del mismo derecho subjetivo a su acceso en condiciones de servicio público (Mestre Delgado, 2012)⁴² que, estas sí, se recogen en los mismos incisos del artículo (asequibilidad, continuidad, equidad). Mientras tanto, la suficiencia, seguridad y salubridad quedan sin más enunciadas en términos genéricos en el artículo 9.F.1.

Se trata, en fin, de una declaración programática y engañosa dado que, por ejemplo, no existe un mandato público a la remoción de obstáculos, como en cambio sí refleja, por ejemplo, el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978.

⁴⁰ SIMENTAL, Franco (2014). *La Ciudad de México, un espacio socio-urbano no sustentable. Una propuesta de sustentabilidad hídrica*. Tirant lo Blanch, México.

⁴¹ RUIZ DE OPADACA ESPINOSA, Lorenzo (2012). “Las obligaciones de los entes locales en relación con la protección de la calidad de las aguas”, en Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y ciudades*, págs. 427-474. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

⁴² MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2012). “El abastecimiento a poblaciones como servicio público”, en Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y ciudades*, págs. 203-231. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

Es cierto que, como también se ha señalado respecto a esta última norma jurídica suprema, el valor de las constituciones tiende cada vez más a desmitificarse, pues no estamos ante un *deux ex machina* sino ante un instrumento de convivencia, llamado a moverse, desde la hoja de papel, “de lo pintado a lo vivo” (Nieto, 2011, pág. 159)⁴³. En efecto, un amplio sector de la doctrina viene subrayando también el valor referencial, cultural e incluso teatral (Häberle, 2003, pág. 84)⁴⁴ de Constituciones que tienen ante todo una función primaria educativa. Son lo que Loewenstein (1976, pág. 2018)⁴⁵ llamaba Constituciones semánticas: un traje que se ha comprado grande, y que ha de colgar en el armario para ser vestido en un futuro próximo. En ese marco creo que es donde debe situarse la declaración de la Ciudad de México como garantista, democrática, educadora, solidaria, productiva, incluyente, habitable, segura, global, hospitalaria, plurilingüe e intercultural.

Así, el reconocimiento constitucional de todos esos fenómenos y derechos en la Ciudad de México seguramente resultara contextualmente necesario, pero desde luego no es suficiente. Estamos, de nuevo, ante un punto de partida y no de llegada. Parece evidente que la Ciudad de México no es hoy una ciudad suficientemente segura, solidaria o incluyente, pero sin duda quiere aspirar a ello. Para lograrlo, de momento se ha acometido la constitucionalización de todos los adjetivos ya vistos; parece que se está retomando el viejo axioma de que una Constitución no sólo expresa formalmente el nuevo orden, sino que contribuye a crearlo y a defenderlo (de Cabo Martín, 1997, pág. 175)⁴⁶. De hecho, siguiendo con el símil de Loewenstein, el traje del

⁴³ NIETO, Alejandro (2011). “Epílogo” en LASALLE, ¿Qué es una Constitución? págs. 155-189. Editorial Ariel, Barcelona.

⁴⁴ HABERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional*. Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México.

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona.

⁴⁶ DE CABO, Martín (1997). *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México.

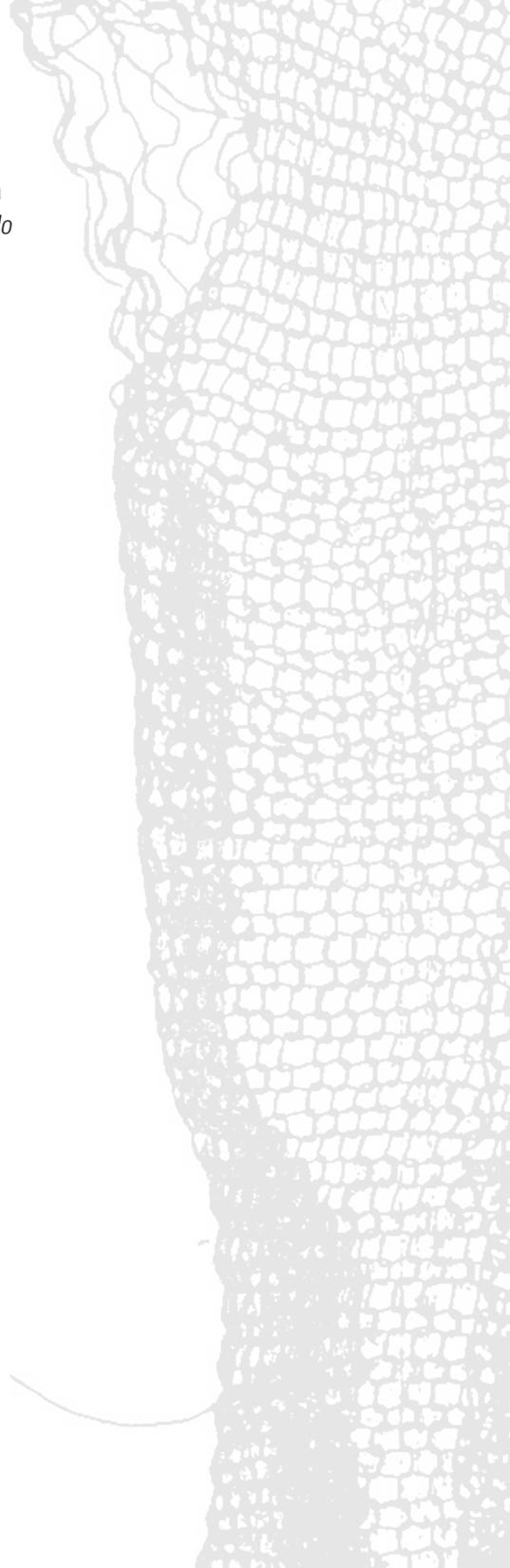
armario admite que se saquen las costuras, pero nunca que se estreche, pues en los últimos artículos de la Constitución se dispone específicamente que, en materia de derechos y libertades reconocidos en la Ciudad de México, la Constitución y las leyes que de ella emanen, podrán reformarse sólo para ampliar, proteger y garantizar los derechos de las personas, nunca en su menoscabo (art. 70).

No obstante, si no se trabaja en el desarrollo efectivo del contenido de los múltiples adjetivos, los habitantes de la Ciudad de México pensarán haber vuelto en cierta manera a los tiempos del “obedézcase, pero no se cumpla”, y el texto constitucional quedará en un mero ejercicio estilístico de publicidad.



COMENTARIO A LEGISLACIÓN

Arte de la portada: Julieta Rockera
Título de la obra: *Desperté llorando*



El procedimiento administrativo electrónico, sus principios y el rol de la abogacía pública. La normativa en Tierra del Fuego

The electronic administrative procedure, its principles and the role of public advocacy. The regulations in Tierra del Fuego

O procedimento administrativo eletrônico, seus princípios e o papel da advocacia pública. Os regulamentos em Tierra del Fuego

La procédure administrative électronique, ses principes et le rôle du plaidoyer public. La réglementation en Terre de Feu

电子行政程序, 其原则和公众宣传的作用, 火地岛的法规

Zarina E. Ross¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 211-223

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e515>

Recibido: 20/05/2021

Aprobado: 01/06/2021

Resumen: En el presente trabajo se hace referencia al paradigma del Gobierno Electrónico como política gubernamental y sus implicancias en el procedimiento administrativo, poniendo especial énfasis en los principios que lo rigen y el rol que frente a aquellos debe asumir la abogacía pública.

¹ Abogada (UBA), Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral, Diploma de Honor por promedio distinguido). Email: zarinaross@hotmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5313-1651>).

Palabras clave: procedimiento administrativo, abogacía pública, tecnología.

Abstract: In this paper, reference is made to the paradigm of Electronic Government as government policy and its implications in the administrative procedure, placing special emphasis on the principles that govern it and the role that public advocacy must assume in relation to them.

Keywords: administrative procedure, public advocacy, technology.

Resumo: Neste artigo, faz-se referência ao paradigma do Governo Eletrônico como política de governo e suas implicações no procedimento administrativo, com ênfase especial nos princípios que o regem e no papel que a advocacia pública deve assumir em relação aos mesmos.

Palavras-chave: procedimento administrativo, advocacia pública, tecnologia.

Résumé: Dans cet article, il est fait référence au paradigme du gouvernement électronique en tant que politique gouvernementale et à ses implications dans la procédure administrative, en mettant un accent particulier sur les principes qui le régissent et le rôle que le plaidoyer public doit assumer à leur égard.

Mot-clés: procédure administrative, plaidoyer public, technologie.

摘要: 在本文中提到了电子政务范式作为政府政策及其在行政程序中的含意特别强调了管理电子政务的原则以及公众宣传必须承担的作用。

关键字: 行政程序, 公众宣传, 技术.

I. El Gobierno Electrónico, un nuevo paradigma de gestión gubernamental

Hace algunos años se comenzó a hablar del Gobierno Electrónico como un mecanismo para el fortalecimiento de las instituciones públicas y la modernización de los mecanismos de gestión; y ello es así debido a que el mundo contemporáneo se caracteriza por las profundas transformaciones originadas en el

desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y de la comunicación -TICs- en la sociedad.

La incorporación de nuevas tecnologías en la gestión pública tiene como finalidad convertir a las Administraciones Públicas en organizaciones más accesibles para el ciudadano, y que al mismo tiempo sean más eficientes, eficaces y transparentes.

Por ello, el desarrollo y la consolidación del Gobierno Electrónico pasa porque los Estados establezcan políticas, estrategias y programas de inclusión digital, eliminando las barreras existentes para el acceso a los servicios electrónicos.

En este sentido, el foco debe estar puesto en los ciudadanos y ciudadanas.

En la actualidad, en la Provincia de Tierra del Fuego, nos encontramos transitando una transformación en la modalidad de dar tratamiento a las actuaciones administrativas, consistente en una migración del formato papel al formato electrónico del expediente administrativo. Ello da lugar a una nueva forma de pensar el procedimiento administrativo que es la manera en la que, por lo general, se desarrolla el accionar de la Administración Pública.

A este procedimiento administrativo reformulado lo denominaremos “procedimiento administrativo electrónico”.

Ahora bien, el tránsito al que se hace referencia, definitivamente se vio acelerado por la aparición del COVID- 19 que vino, entre otras a cosas, a desafiarnos y nos obligó a replantear la modalidad de trabajo que hasta ahora habíamos implementado.

Se pretende así superar el modelo clásico burocrático en el cual el personaje principal era el papel, para pasar a una Administración Pública electrónica.

Pero ese cambio no se podrá llevar a cabo si no se tiene en cuenta a los actores que son los que, en definitiva, impulsarán al procedimiento administrativo electrónico, y para ello será necesario que aquellos sean conscientes de la necesidad del cambio de paradigma.

Será necesario tener en cuenta la cultura organizacional que ha sido definida como “el conjunto de valores, creencias, conductas y actitudes que ayuda a los miembros de la organización a entender lo que representa, cómo hace las cosas y qué considera importante” y como la “forma acostumbrada tradicional de hacer las cosas”².

Así, es importante en el ámbito gubernamental descubrir nuestro por qué, nuestra misión, nuestro propósito y valores, e involucrara los agentes públicos en la definición de tales premisas, pues la innovación y la transformación digital tienen que ver con las personas y con solucionar problemas agregando valor, ya que la tecnología es una herramienta y los que innovamos somos los seres humanos³.

Ahora bien, en nuestra Provincia, el procedimiento administrativo se encuentra regulado por la Ley provincial N° 141, modificada en el transcurso del 2020 mediante la Ley provincial N° 1312 con la finalidad de incorporar algunos aspectos a fin de adaptar la norma a la implementación de nuevas tecnologías.

No debemos olvidar que el procedimiento administrativo pretende asegurar la realización de un fin público por la misma Administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido de los derechos de los particulares⁴.

De esa forma, rigen en el procedimiento una serie de principios que deben ser cumplidos para que el acto administrativo que finalmente se dicte no se encuentre viciado.

² BONINA Nicolás (2020). “Abogacía 4.0 Transformación digital de la profesión. Legal Management, Legal Design & Legal Operations” en *Revista La Ley- Edición Especial- abogacía actividad esencial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³ BONINA Nicolás (2020). “Abogacía 4.0 Transformación digital de la profesión. Legal Management, Legal Design & Legal Operations” en *Revista La Ley- Edición Especial- abogacía actividad esencial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁴ HUTCHINSON, Tomás (2000). “*Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*”, Editorial Astrea, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Pág. 29.

Por tal motivo, en la implementación de nuevas tecnologías y más allá que puedan llegar a ser un beneficio en muchos aspectos, no deben perderse de vista esos principios.

En ese contexto, el desafío del operador jurídico público es entonces adaptarse al nuevo paradigma, aplicando las nuevas tecnologías al procedimiento administrativo sin perder de vista los principios del procedimiento administrativo clásico a los que se agregarán los nuevos principios del Gobierno electrónico.

II. Los principios del procedimiento administrativo clásico y del procedimiento administrativo electrónico

Resulta conveniente en primer término definir qué entendemos por procedimiento administrativo, y en palabras del Dr. Comadira, éste es definido como “(...) un conjunto de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el fin de preparar la emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común, en el marco del proceso administrativo⁵”.

Siendo la finalidad del procedimiento administrativo la satisfacción del bien común, éste se ve orientado por una serie de principios que la garantizan.

En la doctrina administrativa se ha sostenido que la función de los principios no se limita al ámbito de la interpretación e integración del derecho, sino que ellos muchas veces se convierten en una garantía que pueden invocar los particulares frente al Estado⁶.

⁵ COMADIRA, Julio (1993): “Función administrativa y los principios generales del procedimiento administrativo”, en *Libro Homenaje a 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación en Revista la Ley*, Ciudad autónoma de Buenos Aires.

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos (2015). “*Los grandes principios del derecho Público. Constitucional y Administrativo*”. Editorial Thomson y Reuters -La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Págs. 89.

Clásicamente, los principios del procedimiento administrativo son: imparcialidad, gratuidad, celeridad, sencillez, eficacia, informalismo a favor del interesado, impulsión de oficio, verdad material y debido proceso adjetivo.

A ellos se pueden agregar, aun cuando no tengan consagración legislativa, el de buena administración y de tutela administrativa efectiva.

Estos principios guían el actuar de la Administración en el procedimiento administrativo, y a aquellos corresponde agregar los que devienen de la implementación de tecnologías.

Así, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de 2007, menciona que el Gobierno Electrónico se basa en los principios de igualdad, legalidad, de conservación, de transparencia y accesibilidad, de proporcionalidad, de responsabilidad y de adecuación tecnológica.

1. Principio de igualdad

La igualdad se encuentra consagrada en el artículo 16° de la Constitución Nacional, se trata de un principio general del derecho.

No obstante en el procedimiento electrónico, se establece que en ningún caso el uso de medios electrónicos puede implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos o ciudadanas que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo.

En este punto, y vinculado al procedimiento administrativo electrónico adquiere especial relevancia el acceso a las actuaciones administrativas electrónicas, tanto al inicio del trámite administrativo, como así también el acceso a éstas durante su tramitación, por ejemplo al momento de la toma de vista o bien al momento de llevarse a cabo las notificaciones.

De esa forma, la Administración Pública deberá prever que no todos los ciudadanos van a querer vincularse con ella de la

misma forma, en tanto habrá quienes querrán emplear medios electrónicos y quiénes no.

Siendo así, en ciertos casos, el acceso al expediente y la toma de conocimiento del estado de éste debería hacerse mediante comparecencia en la oficina pública en la que se debería exhibir a los interesados un expediente en soporte papel (si lo hubiera) o, en su caso, un expediente electrónico al que se accede a través de los dispositivos que ponga a disposición del ciudadano la propia Administración en la oficina pública.

Lo ideal sería que las Administraciones faciliten y pongan a disposición de quienes no estén familiarizados con las tecnologías de la información y las comunicaciones, o no quieran emplearlas desde sus propios domicilios, oficinas, aparatos y equipos, así como el apoyo de personal preparado para acceder electrónicamente desde las oficinas públicas.

2. Principio de legalidad

La Administración Pública debe necesariamente sujetarse a él, pues las garantías tradicionales deben mantenerse idénticas cuando se implementen medios electrónicos. En ese norte, e independientemente de la simplificación que la incorporación de la tecnología en el procedimiento administrativo debería significar, la legalidad como principio debe necesariamente constituir una garantía para los ciudadanos.

Concretamente, y en lo que respecta a la utilización de nuevas tecnologías, corresponde poner especial atención al respeto de la privacidad, y ello significa que el uso de comunicaciones electrónicas debe sujetarse a la observancia de las normas en materia de protección de datos personales.

3. Principio de conservación

Este principio garantiza que las comunicaciones y documentos electrónicos deben conservarse en las mismas condiciones que por los medios tradicionales, y a tal efecto se deberían

elaborar normas que dispongan la forma y tiempo de conservación de aquellos.

4. Principio de transparencia y accesibilidad

En realidad, la transparencia en el accionar administrativo se encuentra directamente relacionada con la publicidad que deviene del principio republicano de gobierno en tanto que los actos de gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine (art. 1 de la CN y artículo 8° de la CPTDF).

Se encuentra vinculado con el derecho de acceso a la información pública que tiene por objeto asegurar que toda persona pueda conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.

Asimismo, conforme este principio se garantiza que la información de las Administraciones Públicas y el conocimiento de los servicios por medios electrónicos se haga en un lenguaje comprensible según el perfil del destinatario.

En la actualidad, los sitios web oficiales de cada gobierno adquieren especial importancia en este rol, pues la mayoría de la información pública es dada a conocer en aquellos, como ser las acciones que se llevan a cabo desde cada uno de los Ministerios y Secretarías, las compras que se realizan, e incluso en este contexto, el parte diario de casos positivos de covid es anunciado por ese medio; por brindar algunos ejemplos.

5. Principio de responsabilidad

Que el Estado deba responder por sus actos y los daños que eventualmente aquellos puedan producir, no es una novedad, y de ello da cuenta la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema y su posterior recepción en la Ley Nacional N° 26.944.

Teniendo en miras ello, no es ocioso pensar que la Administración Pública deba responder por los actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que los realizados por medios tradicionales.

Ello abre un abanico de posibilidades, pues considerando que la Ley Nacional N° 26.944 consagra la responsabilidad objetiva y directa, será legítimo preguntarnos hasta dónde llega aquella en tanto que en la actualidad muchos de los funcionarios políticos realizan declaraciones desde sus cuentas personales de instagram y twitter.

6. Principio de adecuación tecnológica

Con relación a este principio las administraciones deberían elegir las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades.

Así, es recomendable el uso de estándares abiertos y de software libre en razón de la seguridad, sostenibilidad a largo plazo y para prevenir que el conocimiento público no sea privatizado. En ningún caso este principio supondrá limitación alguna al derecho de los ciudadanos a emplear la tecnología de su elección en el acceso a las Administraciones Públicas.

Los principios clásicos del procedimiento administrativo son complementados por estos nuevos principios (o más bien sus reformulaciones), y la incorporación de la TICs necesariamente debe optimizar, simplificar y maximizar el procedimiento administrativo electrónico, y consecuentemente el actuar administrativo.

En tal sentido, resulta novedosa la modificación del artículo 21 de la Ley Provincial N° 141 en tanto que en su actual redacción establece que el procedimiento administrativo permitirá la utilización de tecnologías informáticas y plataformas electrónicas que faciliten la eficiencia, autorizando la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

Siendo así, deberemos poner atención a la reglamentación que finalmente se dicte para hacer operativa dicha norma, y a la propia experiencia, a fin de verificar si efectivamente la incorporación de dichas tecnologías da lugar a un mejor servicio.

III. La incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento administrativo y la especial relevancia del rol de la Abogacía Pública

La incorporación de las nuevas tecnologías en la gestión gubernamental y específicamente en el procedimiento administrativo no puede perder de foco a la finalidad misma de la Administración Pública, esto es la satisfacción de interés público y en el actual Estado Constitucional Social de Derecho, éste es definido por la dignidad humana entendida como “(...) un valor rector, como ha señalado reiteradamente nuestra Corte Federal. Tanto el Estado como los miembros de la comunidad deben respeto a la dignidad humana. Ése es un deber jurídico fundamental de carácter universal. Claro está, al Estado le atañe, además, proteger y promover los derechos inherentes a la dignidad humana. (...) Por tal razón, el efectivo respeto y la adecuada y concreta protección de la dignidad humana es, en el estado constitucional el “deber fundamental”. Más exactamente es un “deber jurídico fundamental”. Este deber es erga omnes, concierne tanto al Estado, en sus distintas funciones, como también a todos los miembros de la comunidad.”⁷.

De esa forma, el desafío es asegurar que la ciudadanía en su conjunto acceda a todos los servicios que proporcionan los Gobiernos a través de la implementación de las TICs⁸, adquiriendo especial relevancia el rol de la abogacía pública, pues serán los operadores jurídicos quienes deberán velar por la legalidad del procedimiento administrativo electrónico, y que aquel se sujete a los principios antes mencionados poniendo en valor los principios clásicos y complementándolos con los actuales, sin vulnerar derechos fundamentales.

⁷ SAMMARTINO, Patricio (2007). “La noción de Acto Administrativo en el estado constitucional”, en *Revista El Derecho*, Nro. 1, Págs. 6 y 11.

⁸ CORVALÁN, Juan (2008). “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Revista LA LEY*, Nro. 2018 D, Ciudad Autónoma de Buenos Aires .

En tal sentido, resultan interesantes las disposiciones contenidas en el Decreto Nacional N° 733/2018, pues conforme aquel se debe evitar que el ciudadano tenga que aportar información ya obrante en la Administración. Es decir que, cuando para la sustanciación de un procedimiento administrativo sea necesaria la presentación de alguna información del ciudadano que deba ser emitida por otra entidad o jurisdicción, la Administración deberá realizar la solicitud directamente al organismo responsable de su producción y certificación⁹.

Esta previsión se complementa con el silencio positivo digital en favor del ciudadano regulado en el art. 4° del mismo texto. Así, frente a una petición iniciada por un particular para la cual se requiera información que ya obre en la propia Administración, “el silencio del organismo que dispone de la información, no obstará a la continuación del trámite”. La norma tiende a eliminar obstáculos burocráticos, dilaciones injustificadas y procura agilizar los trámites de los expedientes¹⁰.

Otro ejemplo es el tiempo de resolución de las tramitaciones, en tanto establece que “Todos los trámites en relación con el ciudadano del Sector Público Nacional deben contar con una norma que regule sus circuitos de trabajo y fije su tiempo máximo de resolución (...) Dichos procedimientos administrativos deben ser diseñados desde la perspectiva del ciudadano, simplificando y agilizando su tramitación”.

El procedimiento administrativo electrónico vendría a revalorizar algunos principios del procedimiento administrativo clásico como el de economía y celeridad.

Otro aspecto importante a tener en cuenta será el vinculado a la prueba electrónica que el ciudadano ofrezca en el

⁹ CORVALÁN, Juan (2008). “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Revista LA LEY*, Nro. 2018 D, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁰ CORVALÁN, Juan (2008). “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Revista LA LEY*, Nro. 2018 D, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

procedimiento administrativo electrónico, sobre todo en aquellos procedimientos sancionatorios, pues se deberá poner especial atención en no vulnerar el debido procedimiento digital, ya que aún en este caso deberán aplicarse las reglas de la sana crítica racional para determinar su autenticidad, integridad, veracidad y licitud de cómo fue obtenida la prueba en el caso de ser prueba preconstituida, lo que se logrará a través de una apreciación íntegra de los medios de prueba para establecer la necesaria convicción. Es decir, con el resto de las pruebas practicadas¹¹.

Se trata de un elemento probatorio de carácter indiciario y complejo, conforme requiere de una producción conexa y acumulativa de prueba para verificarse su veracidad, integridad, autenticidad y contenido, con el objeto de que pueda procurarse formal convicción¹².

Teniendo en miras ello, la abogacía pública deberá necesariamente vincularse a otras disciplinas, principalmente con aquellos profesionales de la tecnología de la información.

IV. Algunas reflexiones parciales

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, no sería correcto arribar a una conclusión final, pues se trata de una materia que se encuentra en pleno desarrollo, no obstante se puede llegar a afirmar que la implementación de nuevas tecnologías en la gestión gubernamental es un camino que se ha comenzado a recorrer sin voluntad de dar pasos atrás, se trata de un paradigma que ha llegado con el objeto de instalarse a fin de revalorizar la satisfacción del bien común y en ese contexto el rol de la abogacía pública no es menor, pues el desafío será

¹¹ BIELLI, Gastón (2018). "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", en *Revista La Ley, edición especial: impacto de la tecnología en el proceso*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹² BIELLI, Gastón (2018). "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", en *Revista La Ley, edición especial: impacto de la tecnología en el proceso*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

evitar que se pase de una burocracia de papel a una burocracia digital.

En ese marco, los abogados deberán estar formados y capacitados de tal forma que serán los que deban impulsar el procedimiento administrativo electrónico, poniendo la mirada en los principios que en la actualidad lo rigen, y sumando a ellos los nuevos principios del procedimiento administrativo electrónico.

La formación y capacitación constante de la abogacía pública en nuevas tecnologías debería ser no tan sólo una política de Estado, sino también un desafío personal de cada abogado y abogada pues como nos enseña el maestro Couture, quien decidió ejercer tan loable profesión debe estudiar, y ello se debe a que; *“el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”*¹³.

¹³ COUTURE, Eduardo J. (1999). *Los mandamientos del abogado*. Depalma. Buenos Aires.

La regulación administrativa de la cuestión alimentaria. Un análisis a partir del Plan AccionAR y el Programa Argentina contra el Hambre

Administrative regulation of food. An analysis from Plan AccionAR and the Argentinean Food Program against Hunger

Regulação administrativa da questão alimentar. Uma analise a partir do Plano AccionAR e do Programa Argentina contra a Fome

La réglementation administrative de la question alimentaire. Une analyse basée sur le Plan AccionAR et le Programme argentin contre la faim
食品问题的行政法规. 基于 AccionAR 计划和阿根廷反饥饿计划的分析

María Eugenia Marichal¹

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

Ana María Bonet de Viola²

Universidad Católica de Santa Fe, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 224-257

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e516>

Recibido: 20/05/2021

Aprobado: 01/06/2021

¹ FCJS/UNL-CONICET, Email: marichal@fcjs.unl.edu.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4250-9337>).

² UCSF- CONICET, Email: abonet@ucsf.edu.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9991-5475>).

Resumen: Este trabajo propone una reflexión teórica sobre los desafíos que presenta la regulación de la cuestión alimentaria a partir del análisis del reciente Plan Nacional "AccionAR" (Dec. 894/2020) en relación con la implementación de los programas de política pública alimentaria en Argentina. El Plan Argentina contra el Hambre (Res. Min. de Desarrollo Social 8/2020) es el punto nodal de estos programas. Se procura señalar las potencialidades que presenta esta normativa, pero también algunas de sus limitaciones en vistas a su futura implementación. Como guías del análisis, se recuperan tres conceptos del documento que contiene el Plan AccionAR: "metodología de trabajo interministerial e intersectorial", "abordaje territorial integral" y "enfoque de construcción de ciudadanía". Se analiza el significado y alcance de estas expresiones, interpretándolos desde diversas áreas de estudios. Se combinan algunos aportes de la doctrina administrativista con nociones de la geografía crítica, la perspectiva de género y la problemática de la cuestión del cuidado.

Palabras clave: Articulación interministerial, Regulación alimentaria, Políticas públicas alimentarias, Plan AccionAR, Programa Argentina contra el Hambre

Abstract: This paper proposes a theoretical reflection on the challenges that food regulation presents, from an analysis of the recent national *Plan "AccionAR"* (Dec. 894/2020) in relation to food public policy implementation in Argentina. The Argentinean Food Program against Hunger (Res. Min. de Desarrollo Social 8/2020) is the node point of these programs. This normative potentiality, but also some of its limitations in future implementation, are pointed out. As analysis guide, three concepts are retrieved from the document of Plan AccionAR: "interministerial and intersectoral work methodology", "integral territorial approach", and "citizenship building focus". The meaning and scope of these expressions are analyzed, interpreting them from different study areas. Some contributions of administrative law studies are combined with notions of critical geography, gender studies and the care work problem.

Keywords: Interministerial articulation, Food Law, Food public policies, Plan AccionAR, Argentinean Food Program against Hunger

Resumo: Este trabalho propõe uma reflexão teórica sobre os desafios que apresenta a regulação da questão alimentar, a partir da análise do recente Plano nacional "AccionAR" (Dec. 894/2020) em relação a implementação

dos programas de política pública alimentar na Argentina. O Programa Argentina contra a Fome (*Res. Min. de Desarrollo Social 8/2020*) é o ponto nodal desse programas. Procura-se salientar as potencialidades que apresenta esta normativa, mas também algumas das suas limitações em uma futura implementação. Como guias da análise, recuperam-se três conceitos do documento que contem o Plano *AccionAR*: “metodologia de trabalho interministerial e intersectorial”, “abordagem territorial integral”, e “enfoque de construção de cidadania”. Se analisa o significado e alcance dessas expressões, interpretando-as desde diversas áreas de estudos. Combina-se alguns aportes da doutrina administrativista com noções da geografia crítica, a perspectiva de gênero e a problemática da questão do cuidado.

Palavras chaves: Articulação interministerial, Regulação alimentar, Políticas públicas alimentares, Plano AccionAR, Programa Argentina contra a Fome

Résumé: Cet article propose une réflexion théorique sur les défis posés par la régulation de la question alimentaire basée sur l’analyse du récent Plan National «AccionAR» (déc. 894/2020) en relation avec la mise en œuvre des programmes de politique alimentaire publique en Argentine. Le Plan Argentine contre la Faim (Rés. Min. De Développement Social 8/2020) est le point nodal de ces programmes. On tente de souligner le potentiel de ce règlement, mais aussi certaines de ses limites en vue de sa mise en œuvre future. Pour guider l’analyse, trois concepts sont récupérés du document qui contient le Plan AccionAR : « méthodologie de travail interministérielle et intersectorielle », « approche territoriale globale » et « approche de construction citoyenne. La signification et la portée de ces expressions sont analysées, en les interprétant à partir de différents domaines d’étude. Certains apports de la doctrine administrative se conjuguent à des notions de géographie critique, de perspective de genre et de problématique de la question des soins.

Mot-clés: Articulation interministérielle, Réglementation alimentaire, Politiques alimentaires publiques, Plan AccionAR, Programme Argentine contre la Faim.

摘要: 这项工作是根据对阿根廷实施公共食品政策计划有关的最新国家计划“AccionAR”(894/2020年12月)的分析,提出了对食品问题监管所面临挑战的理论思考这些计划的重点是阿根廷消除饥饿计划

社会发展最低要求8/2020试图指出该法规的潜力，但同时指出其未来的局限性作为分析的指南从包含计划AccionAR的文档中恢复了三个概念：“部际和部门间的工作方法”，“全面的领土方法”和“公民建设方法”。分析了这些表达的含义和范围，并从不同的研究领域对其进行了解释。行政学说的一些贡献与关键地理学，性别观点和护理问题相结合。

关键字： 部际间的沟通，食品法规，公共食品政策，计划AccionAR，阿根廷消除饥饿计划。

I. Introducción

Desde el advenimiento de la democracia en 1983, la cuestión alimentaria viene siendo abordada en Argentina a través de diversos programas estatales de asistencia orientados principalmente a enfrentar el hambre. Este enfoque asistencial puede ser rastreado en sucesivos programas tales como el denominado Plan Alimentario Nacional (PAN) de 1984, el Bono Nacional Solidario de fines de la década de 1980, y el más reciente Plan Nacional de Seguridad Alimentaria (PNSA) de 2003. Desde entonces, las medidas para el acceso a una ‘canasta básica’ alimentaria viene constituyendo una estrategia clave tanto de las campañas electorales como de las políticas sociales de los gobiernos argentinos (AbeyáGilardon, 2016, p. 519).

En esta línea, el programa “Argentina contra el Hambre”, lanzado por el Presidente Alberto Fernández ya durante su campaña electoral, constituye uno de los pilares del actual gobierno argentino. Este programa fue luego traducido normativamente como Plan (Anexo de la Resolución 8/2020 del Ministerio de Desarrollo Social). En este marco, el 10 de diciembre de 2020 se promulga el Decreto Nacional 894 por medio del cual se crea el Plan Nacional “AccionAR” en el ámbito del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (en adelante, CNCPS) de la Presidencia de la Nación³.

³ El CNCPS fue creado por Dec. 357/02 en el ámbito de Presidencia de la Nación, para brindar asistencia técnica a Jefatura de Gabinete de ministros en materia de planificación y

Este Plan se propone como objetivo constituir un ámbito de planificación y coordinación de la política social nacional para mejorar la gestión del gobierno y gestar cursos de acción coordinados e integrales (cf. Considerandos Dec. 894/20). El plan surge, según su propia fundamentación, para la implementación y como continuidad del mencionado Plan Argentina Contra el Hambre (PACH)⁴, por considerarlo un “punto nodal” de las políticas públicas sociales en torno al acceso a la canasta básica de alimentos (cf. Vistos Dec. 984/2020)⁵.

El carácter esencial de los alimentos determina la fundamentalidad del derecho humano a la alimentación en tanto requisito para la realización de cualquier otro derecho humano (Bonet de Viola & Marichal, 2020, p. 496; Breining-Kaufmann, 1991, p. 62). Ese carácter esencial y primario de la alimentación, sumado al complejo entramado de problemáticas sociales vinculadas del que forma parte, sostiene la centralidad de la cuestión alimentaria en la política social nacional, en particular si ésta es entendida como esfera de creación de oportunidades para una mayor equidad (Delgado Gutiérrez, 2002).

Esa complejidad de las problemáticas sociales, especialmente la referida a la alimentación, explica la necesidad de generar ámbitos de coordinación al interior del sector público que lo gobierna. Incluso cuando la administración de los programas alimentarios ha venido siendo encargada a las carteras vinculadas a Desarrollo Social, la diversidad de aristas a considerar para el manejo

coordinación de política social nacional, para la formulación de políticas y de acción coordinados e integrales, optimizando recursos (Art. 4).

⁴ Instituido mediante Res. 8/2020 Ministerio de Desarrollo Social, este plan “se apoya en el fortalecimiento de las acciones que lleva adelante el Programa Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional. Implica la promoción y fortalecimiento del Acceso a la Canasta Básica de Alimentos”. <https://www.argentina.gob.ar/argentina-contra-el-hambre>

⁵ El Anexo del Decreto, que contiene el texto del Plan nacional “AccionAR”, explicita que “la implementación y continuidad” del PACH “es una política prioritaria para el Gobierno Nacional. Tiene como objetivo maximizar los esfuerzos para lograr la erradicación del hambre y la malnutrición en nuestro país”.

integral de la cuestión de los alimentos -considerando sus etapas de producción, elaboración, distribución, comercialización, consumo y comensalidad- apremia el involucramiento de diferentes áreas ministeriales. A este factor de la intersectorialidad temática se suma otro nivel de complejidad vinculado a las diversas jurisdicciones involucradas en la estructura federal de gobierno.

Por eso, aunque el Plan AccionAR tome como punto de partida la cuestión alimentaria en función de la implementación del PACH, tanto en los objetivos como en las líneas de acción que diseña extiende su abordaje a otras problemáticas sociales, así como a una población destinataria más extensa que las poblaciones focalizadas de los programas alimentarios asistenciales⁶. Esta ampliación tiene sentido por la complejidad de la problemática alimentaria, pero a su vez plantea mayores exigencias en su implementación. En concreto, los Vistos del Decreto 894/20 se apoyan en varias normas conectadas temáticamente, entre las cuales se destaca la Resolución ministerial que crea el PACH. Este entramado normativo, se reconoce, necesita articulación para su efectiva aplicación.

Este trabajo propone una reflexión teórica acerca de la regulación de los programas alimentarios del último año materializados en las citadas normas (Res. Ministerial 8/2020 y Dec. PEN 894/20) en función de tres claves de análisis que se construyen a partir de expresiones utilizadas en el documento del Plan AccionAR: “metodología de trabajo interministerial e intersectorial”, “abordaje territorial integral” y “enfoque de construcción de ciudadanía”. La selección responde, por un lado, a cierto carácter innovador de los conceptos respecto del modo en que se venían regulando los programas alimentarios precedentes. Por otro lado, se rescata el empeño en dar respuestas a las

⁶ BORRÁS, Graciela, GARCÍA, Julián (2013). “Políticas alimentarias en Argentina, derechos y ciudadanía” en *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, Nro. 39, Pp. 111-136. En la gestión de la problemática alimentaria en el país han prevalecido concepciones centradas en los aspectos nutricionales y focalizadas en sectores socialmente vulnerables, todo lo cual reproduce las desigualdades sociales en el ámbito alimentario.

críticas que esos programas suscitaron, tales como la fragmentación territorial y sectorial en su implementación, la falta de evaluación y diagnóstico -durante y *ex post*- y la focalización en determinadas poblaciones, así como en el contenido asistencialista de las prestaciones ofrecidas (AbeyáGilardon, 2016; Bonet de Viola & Marichal, 2020; Britos et al., 2003).

El trabajo procura precisar el significado y alcance de las expresiones apuntadas, a partir de marcos de comprensión de diversas áreas de estudios. Se combinan algunos aportes de la doctrina administrativista con nociones de la geografía crítica, la perspectiva de género y la cuestión del cuidado. Con este análisis se intenta tanto recuperar potencialidades como señalar algunas limitaciones del Plan. El primer apartado se aboca a la cuestión de la articulación interministerial e intersectorial en la Administración Pública. El segundo apartado se ocupa del concepto de abordaje territorial integral, a través de una reflexión crítica sobre los mapas como herramientas de gobierno. En un tercer apartado se analiza el denominado “enfoque de construcción de ciudadanía”, a partir de la recuperación de la problematización del cuidado y la cuestión de género como marco de interpretación de las políticas públicas sociales.

II. Metodología interministerial e intersectorial

El Plan AccionAR se propone implementar lo que denomina una “metodología de trabajo interministerial e intersectorial” (cf. párr. 3, Considerandos) estableciendo mecanismos de coordinación entre las distintas carteras ministeriales que considera involucradas. Esta metodología es recuperada del Decreto 499/17 que instruyó ya al CNCPS a implementarla “con participación de los Organismos competentes de la Administración Pública Nacional” (Art. 2) en función de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aunque no especificaba de qué manera⁷.

⁷ Se instruye al CNCPS “a través de la Unidad de Coordinación Técnica de la Secretaría Ejecutiva, a implementar una metodología de trabajo interministerial e intersectorial con

II.1. Un nuevo enfoque epistemológico de la administración pública

El Plan AccionAR no define en qué consiste la expresión “metodología interministerial e intersectorial”. Sin embargo, puede entenderse que se vincula al trabajo conjunto de la denominada Mesa Federal Argentina contra el Hambre, en articulación con las otras mesas interministeriales que surgieron a partir de ella. La mencionada mesa contra el hambre se trató de un espacio de concertación lanzado por el actual gobierno nacional poco antes de asumir, como estrategia central de su campaña, convocando representantes de un amplio arco de espacios sociales⁸ y algunos referentes mediáticos⁹.

De las otras mesas interministeriales que surgieron a partir de este espacio, el texto del Plan menciona, a modo ejemplificativo, sólo la Mesa de Abordaje Territorial¹⁰. Aunque no explicita a qué otras se refiere, puede inferirse que se trata de la Mesa interministerial de Políticas de Cuidado (set. 2020)¹¹, la Mesa interministerial para Estimular el Desarrollo Infantil (oct. 2020)¹² y la Mesa interministerial de Juventudes (oct. 2020)¹³, en cuanto

participación de los Organismos competentes de la Administración Pública Nacional para el cumplimiento de su cometido” (artículo 2°).

⁸ Fue convocada la COPAL -Coordinadora de Industrias de Productos Alimenticios- que representa a más de 2.200 empresas del país, entre las que se encuentran Coca Cola, Cargill y Danone, <https://copal.org.ar/quienes-somos/>. También la UTT -Unión de Trabajadores de la Tierra, que nuclea organizaciones del cooperativismo y la agricultura familiar, <https://uniondetrabajadoresdelatierra.com.ar/quienes-somos/>

⁹ Se invitó también a personalidades reconocidas del medio televisivo y expertos en nutrición. Este espacio fue conformado como principal estrategia política del Consejo Federal contra el Hambre, bajo el eslogan de la seguridad y la soberanía alimentaria.

¹⁰ A la que se refiere como “Mesa de Priorización territorial y estrategias de abordaje” (cf. párr. 6 Considerandos).

¹¹ <https://www.argentina.gob.ar/generos/cuidados/mesa-interministerial-de-politicas-de-cuidado> Fuente recup. 18/02/2021

¹² <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-creo-la-mesa-interministerial-para-estimular-el-desarrollo-infantil> Fuente recup. 18/02/2021

¹³ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/macarena-sanchez-presento-la-mesa-interministerial-de-juventudes> Fuente recup. 18/02/2021

surgieron en ese mismo año - creadas durante el mismo gobierno - y se encuentran de alguna manera vinculadas temáticamente.

El carácter flexible, atemporal y relativamente informal de estas mesas torna dificultosa la tarea de rastrear normativamente su origen, estructura y funcionamiento. A diferencia de otras figuras institucionales existentes como los institutos, las agencias o los entes reguladores, estas mesas no suelen ser creadas mediante actos normativos que asignen autoridades, presupuesto, atribuciones, mandato, etc. Surgen de documentos institucionales y funcionan a partir del impulso de sus miembros en reuniones no estructuradas. Esta informalidad no les resta relevancia política puesto que vienen constituyéndose como ámbitos centrales para la toma de decisiones fundamentales en la orientación de las políticas sociales. La mención en el Dec. 894/20 implica un reconocimiento de la importancia de estos nuevos espacios de concertación informales y transitorios de las políticas públicas. De allí puede inferirse también su relevancia como dispositivo de traducción de la “metodología interministerial e intersectorial” a la que apela en Plan.

La introducción de las mesas como mecanismo de coordinación horizontal en el ámbito de las políticas públicas implica un viraje en el *locus* de las decisiones políticas del Estado, que no puede ser reducido al concepto de ‘marco metodológico’ de negociación de diseño, implementación y publicidad de programas. Representa, en cambio, una metamorfosis en las racionalidades estatales subyacentes, así como en la estructura de los mecanismos jurídicos que a partir de ella se instituyen.

Las mesas de concertación política horizontal vienen a plasmar una manifestación del replanteo de los alcances del modelo de Estado social prestacional - también denominado benefactor o intervencionista - que hace décadas se encuentra en crisis (Faría, 2001; Habermas, 2000; Teubner, 2000) y viene siendo cuestionado. La disposición verticalista, normativista y burocrática de las formas prevalecientes en ese modelo estatal parece no responder a la complejidad de problemáticas ‘híbridas’

(Latour, 2007) ‘globales’ (Fischer-Lescano&Moller, 2012)¹³ como la alimentación.

El carácter multifacético de la cuestión alimentaria difícilmente pueda ser simplificado bajo un esquema “estanco” (Reyna, 2012, p. 92) por el cual cada programa se corresponde a un área temática regulatoria (trabajo, obras e infraestructura, salud pública, hacienda, desarrollo social, etc.), ordenada bajo una estructura ministerial enfocada en necesidades sociales homogéneas y predeterminadas (mejores condiciones de empleo, vacaciones pagas, acceso a vivienda, agua, alimentos, etc.) -que responden sobre todo a demandas de grupos sociales unificados como los movimientos obreros bajo sus representaciones organizadas- y se traduce en intervenciones normativizadas mediante leyes (y sus respectivos decretos reglamentarios)¹⁴. En este sentido el Plan vendría a coordinar un despliegue de programas y planes dispersos en los distintos ministerios y que no venían encontrando eje de articulación ni siquiera con la implementación del PACH (Herrera Vegas, 2020).

El rediseño de la estructura político-estatal en torno a la cuestión alimentaria que intenta trazar el Plan AccionAR, traduce en este caso uno de los principales ejes de transformación del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo ha mutado al ritmo de la variación que ha sufrido el modelo de ‘Estado de Derecho’, el cual constituye su principal presupuesto jurídico¹⁵. La centralidad de la persona del administrado en el marco del Estado constitucional de Derecho, responde a las carencias que

¹⁴ Las nuevas demandas sociales ya no se canalizan a partir de un grupo social determinado y que pueda ser identificado por su configuración estable y sus reclamos de redistribución económica. No es posible responder con procesos burocratizados al entramado de reclamos colectivos que se intersectan (género, ambiente, clase, etc.).

¹⁵ DELPIAZZO, Carlos (2010). “¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?” en MOLINA, Carlos Mario, RODRIGUEZ, Libardo, *El Derecho Público en Iberoamérica: Vol. I*, Págs 373 y sgtes. Editorial Temis, Bogotá. El Estado de Derecho liberal, abstencionista tanto jurídica como económicamente, se centró en la defensa de las libertades individuales fundamentales (civiles y políticas). Su evolución de varias fases, da lugar finalmente al Estado Constitucional, en el que la limitación del poder se expresa como garantía de los derechos fundamentales.

el Estado “estanco” (Reyna, 2012) prestacional, por su particular dinámica institucionalista, venía postergando. El redireccionamiento del derecho administrativo hacia la persona del administrado se corresponde así a las demandas de efectivización de los derechos humanos, sobre todo de aquellos más postergados en el esquema individualista y liberal¹⁶, como los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)¹⁷. La asunción por parte del Estado de su rol de garante frente a los derechos humanos (Esteve Pardo, 2015)¹⁸ sobre todos los de contenido (eco-)social - en tanto principales postergados en el esquema liberal -, significa en este sentido una conquista de los DESCAs, entre los cuales se encuentra el derecho humano a la alimentación.

El ‘Estado garante’ vendría a reasumir los objetivos sociales de los modelos social y prestacional, pero a través de nuevas formas institucionales que procuran involucrar a los sujetos administrados como partícipes de la gestión de los problemas públicos. Ello precisa la configuración de nuevos espacios de concertación entre lo público y lo privado. El Estado abandona el rol protagónico central del esquema prestacional, tanto en

¹⁶ La raigambre liberal del esquema de derechos fundamentales no alcanza todavía a superar el enfoque individualista del derecho moderno (LUHMANN, Niklas (1993). “Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft” en Luhmann Niklas, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Suhrkamp, Fankfurt, Págs 45 y sgtes.) centrado en el sujeto de derechos como individual. En este sentido, los DESCAs tienen todavía un amplio espectro prospectivo que ganar (BONET DE VIOLA, Ana María, MARICHAL, María Eugenia (2020). “Emergencia alimentaria y derecho humano a la alimentación. Un análisis del Programa Argentina contra el Hambre” en *Revista Derechos en Acción*, Nro. 5, Pp. 489-522.).

¹⁷ En 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una Opinión Consultiva (oc 23/17) solicitada por Colombia, confirmó que la protección ambiental debe ser comprendida como obligación estatal en el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) pasando a llamarse Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

¹⁸ Este Estado garante sería una última mutación del Estado social, que sucede a la variante del Estado prestacional, dadas sus falencias, no en la elección sus fines (protección de los derechos sociales, que siguen siendo legítimos) sino en la inadecuación de sus medios, ya que habría resultado ser financieramente insostenible.

la definición de los problemas sociales como de los modos de intervención. Idealmente, estos nuevos espacios de concertación habilitan estrategias de diseño e implementación de las políticas sociales más abiertas y flexibles, en tanto dan lugar no sólo al diálogo entre los diferentes niveles de la propia administración pública, sino también la participación social.

Este modelo estatal abierto, flexible y participativo puede ser identificado con la propuesta discursiva del “Derecho administrativo multidimensional”, el cual plantea una forma particular de ejercicio de la función administrativa, sincronizada, que exorbita las características de las administraciones públicas relacionándolas de modo especial para la tutela de derechos fundamentales (Reyna, 2012, 2012). Esta tutela, especialmente frente a cuestiones colectivas - como la salud pública, las necesidades financieras, el medio ambiente, la gestión de catástrofes o la inseguridad - no encuentra respuesta en las viejas herramientas del Derecho Administrativo clásico - forjado en el siglo XIX - que giraba en torno a la idea de mando y a la figura del poder Ejecutivo (Barnés Vázquez, 2012).

En los planteos de reforma, el Estado es reubicado en su rol tutelar, en cuanto garante de derechos fundamentales, lo cual lo extrae de la posición moderna absolutista de soberano (Mattei, 2013, p. 31) hacia esferas más dialógicas y participativas, que priorizan la realización de los derechos fundamentales por sobre cualquier pretexto procedimental. Estas esferas dialógicas vienen a sincronizar los compartimentos estancos de la administración “sectorializada” a través de la construcción de redes interadministrativas tendientes a su armonización y sincronización.

En diferentes mecanismos del Plan AccionAR puede ser rastreada esta multidimensionalidad que hace referencia a la coordinación de los mecanismos político-territoriales para el abordaje integral de cuestiones complejas, evitando la superposición y falta de coherencia entre instrumentos públicos de planeamiento, programas y proyectos.

II.2. La multidimensionalidad en el Plan AccionAR

La referida complejidad de la cuestión alimentaria legitima al enfoque multidimensional como marco de referencia para una implementación del PACH en articulación con las restantes políticas públicas vinculadas. Sin embargo, la lógica de coordinación, cooperación e integralidad que prometen los objetivos que establece el Plan AccionAR, no logra plasmarse en sus líneas de acción.

Como objetivo general, este Plan se propone “lograr un abordaje territorial integral de las políticas sociales en las localidades más vulnerables, según los criterios de priorización que surgen de la interpretación conjunta de los datos obrantes del Mapa AccionAR”. En este objetivo puede señalarse cierta tensión entre la pretendida integralidad del abordaje y la implementación de criterios de priorización y limitación de la intervención a localidades vulnerables. Estos recortes suelen ser justificados por la limitación de los recursos disponibles y la urgencia de la atención de las situaciones de mayor gravedad. Sin embargo, estas argumentaciones reproducen un enfoque lineal y progresivo en las políticas alimentarias que, al concentrar los esfuerzos en la urgencia y vulnerabilidad, posterga indefinidamente las necesarias reformas estructurales e integrales, afectando el tratamiento efectivo incluso de las problemáticas más graves (Bonet de Viola & Marichal, 2020, p. 497). En este sentido, la amplitud de la integralidad propuesta en los objetivos planteados colisiona con la lógica de priorización que atraviesa la concentración de esfuerzos en acciones urgentes.

Como objetivos específicos, el Plan plantea quince puntos: realización de obras públicas de infraestructura y servicios (1), facilitación del acceso a la educación (2), salud integral (3), tutela de los derechos del niño (4), de las personas con discapacidad (5), de los adultos mayores (6), promoción de la cultura, el deporte y la recreación (7), participación social (8), economía social y el desarrollo local (9), acceso a los alimentos (10) y su producción local (11), articulación entre trabajadores de la economía social y la sociedad civil (12), fomento de planes de

educación alimentaria (13), realización de un Mapa con indicadores múltiples georreferenciados (14) e intervención territorial simultánea de las políticas públicas (15).

La pretensión de alcance general de estos objetivos encuentra cierta limitación en las líneas de acción que plantea el Plan. Luego de enunciar los objetivos específicos, el Plan enumera once líneas de acción que consideran: 1. soluciones habitacionales, 2. acceso y permanencia en el sistema educativo, 3 fortalecimiento del sistema sanitario, 4. centros integrados comunitarios, 5. documentación, 6. inclusión de personas con discapacidad, 7. adultos mayores, 8. participación popular, 9. desarrollo productivo local, 10. alimentación sana, segura y soberana, 11. ayudas urgentes.

Si bien la secuencia de las acciones mantiene cierta correspondencia con los objetivos, su desarrollo termina enfocándose en situaciones críticas vinculadas al hambre y la desnutrición, reforzando el enfoque lineal esbozado al final del objetivo general.

Un enfoque integral implicaría considerar cuestiones estructurales relacionadas a la alimentación, así como los medios para el acceso económico autónomo de alimentos sanos y seguros. En este sentido, el Plan no plantea vinculación con, por ejemplo, políticas de empleo, ni con mecanismos para la determinación de los precios de alimentos, como el Programa Precios Cuidados¹⁹. Tampoco hace referencia al problema de la propiedad de la tierra, un planteo crucial para los movimientos sociales por la agroecología y otras formas de producción no hegemónica y comunitaria. Si bien tiene que ver con ello, la cuestión de la propiedad de la tierra para la producción alimentaria (bajo formas individuales pero también comunitaria) no puede ser reducida al acceso a la vivienda²⁰. La redistribución de la tierra

¹⁹ Establecido por Res. conjunta 1/2020 del Ministerio de Salud y la Secretaría de Comercio Interior. <https://www.argentina.gob.ar/precios-cuidados#:~:text=C2%BFQu%C3%A9%20es%20Precios%20Cuidados%3F,a%20las%20y%20los%20consumidores> Fuente recup. 18/02/2021

²⁰ ONU Habitat. (2010). "El derecho a una vivienda adecuada" en *Folleto informativos sobre los derechos humanos Nro 21*. Oficina del Alto Comisionado de ONU para los Derechos

productiva es fundamental para el acceso a los alimentos sanos y seguros con soberanía alimentaria²¹. Estrechamente vinculada al concepto de soberanía alimentaria, se encuentra también la cuestión de la propiedad y el acceso a las semillas, la cual tampoco es mencionada en el Plan. Estas ausencias plantean cierta contradicción particularmente con la línea de acción número 10, referida a una alimentación “sana, segura y soberana”. Si no se logra articular estas medidas fundamentales para el acceso, dicha línea de acción puede quedar limitada sólo a una retórica atractiva²². El logro de una alimentación sana, segura y soberana, bajo un enfoque ecológico de la cuestión alimentaria, requiere además una necesaria vinculación con el Ministerio de Ambiente, el cual la norma no menciona, así como tampoco llega a dimensionar los necesarios vínculos entre alimentación y ambiente.

La incorporación de la cuestión de la vivienda desarticulada de las políticas de redistribución de la tierra -y del problema del avance del negocio inmobiliario sobre terrenos periurbanos -, corre el riesgo de afianzar situaciones de vulnerabilidad de las personas no propietarias al consolidarlas como eternas arrendatarias. Al respecto, se destacan la ausencia de expresa mención

Humanos. El derecho humano a la alimentación y el derecho humano a la vivienda, ambos reconocidos en el art. 11 del Pacto DESC como aspectos del derecho a un nivel de vida adecuado, se vinculan por las condiciones edilicias que requiere la satisfacción de una alimentación segura.

²¹ ZIEGLER, Jean (2004). *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación* (Ante la Asamblea General E/CN.4/2004/10). Consejo Económico y Social ONU; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto (1995). “La Seguridad Alimentaria Y Su Aplicación En Países De La Cuenca Del Pacífico” en *Revista Espiral: Estudios Sobre Estado y Sociedad*, Volumen 1, Nro. 2, Pp. 131-172. En este sentido, ha señalado el entonces Relator de ONU para el Derecho a la alimentación, Jean Ziegler, que el facilitamiento del acceso a la tierra mediante una auténtica redistribución es uno de los siete condicionamientos principales para la realización de este derecho.

²² ELVER, Hilal (2019). *Visita a la Argentina. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación* en ONU, *Informe al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/40/56/Add.3*, pp. 5. La Relatora Especial del Derecho Humano a la alimentación de ONU, apuntó que si bien valoraba el compromiso de Argentina con la Agenda 2030, en terreno observó “una falta de apoyo a los pequeños productores y una falta de incentivos financieros para diversificar la economía agrícola”.

de los Ministerios de Obra y de Hábitat, tanto en el Plan como en los mecanismos de conformación del Mapa²³.

Por su parte, una metodología intersectorial para las políticas sociales que tomen como eje la cuestión alimentaria, no podría dejar de involucrar la regulación de sectores decisivos como el conformado por las grandes empresas vinculadas a lo alimentario (Teubal & Rodríguez, 2002) compuesto por cadenas de supermercados, representaciones locales de corporaciones transnacionales alimentarias, el sector de publicidad de alimentos, las empresas de elaboración y venta de insumos químicos para la producción de materia prima alimentaria, entre otros. El carácter de garante del Estado en cuanto a la realización de los DESCAs no suprime las obligaciones de estos sectores respecto de los mismos. Por el contrario, la principal obligación del Estado al respecto consiste en generar una situación que favorezca la autosatisfacción de los derechos. Es por eso que esta obligación de garante se traduce en los deberes de respetarlos, pero también de defenderlos frente al accionar de terceros que puedan menoscabarlos; como podría ser el caso de sectores que, por su particular condición de poder en el mercado, pueden agudizar las situaciones de vulnerabilidad que afectan a los DESCAs.

III. Abordaje territorial integral

El concepto de abordaje territorial integral aparece en los considerandos del Decreto 984/2020 (Plan AccionAR) como paso ineludible siguiente en una cronología que inicia con la creación del CNCPS y llega al dictado del PACH. En esta línea argumentativa, el decreto postula el avance hacia un “abordaje territorial integral basado en un diagnóstico interdisciplinario, interjurisdiccional e intersectorial” mediante el trabajo conjunto de la Mesa Federal Argentina contra el Hambre.

²³ Aunque en el objetivo específico correspondiente se haga referencia a la “realización planificada de obras de urbanización, de infraestructura y de servicios públicos” (Objetivo específico 1).

La fundamentación del Anexo del Decreto recupera el rol del CNCPS en la coordinación de las políticas sociales para “evitar superposiciones con otras áreas de la Administración Pública Nacional y desde una perspectiva federal”. A esta dimensión federal se suma la prescripción acerca de que las políticas sociales “deben enmarcarse en una concepción de abordaje integral y territorial que permita recuperar las experiencias y características culturales de cada región”. Pueden rastrearse entonces tres lineamientos que traza Plan AccionAR respecto de las políticas sociales: federalismo, integralidad y territorialidad. La traducción regulatoria de estos lineamientos viene atravesada por un enfoque científico de las problemáticas sociales, que se manifiesta en la insistencia en la construcción de conocimiento específico para contribuir a su resolución.

III.1. Construcción de conocimiento científico para la intervención territorial de los problemas sociales

El énfasis en dotar de andamiaje científico al abordaje político-administrativo de la cuestión social y, específicamente, la alimentaria, es advertido en dos dispositivos vinculados a la implementación del Plan AccionAR: la confección de un mapa que mida la desnutrición en zonas vulnerables, y una convocatoria a investigadoras e investigadores del sistema nacional de ciencia y tecnología del país para presentar proyectos que aporten al “problema del hambre”.

Esta última convocatoria, denominada “Ciencia y Tecnología contra el Hambre”, fue lanzada desde el Ministerio de Ciencia y Tecnología en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y el CNCPS para “contribuir desde el sector científico-tecnológico a potenciar las acciones públicas que busquen revertir problemáticas como la malnutrición infantil, la emergencia alimentaria y la pobreza en todo el territorio nacional”²⁴.

²⁴ Consiste en el subsidio de proyectos a investigadores del sistema nacional de ciencia y tecnología con financiamiento del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) a través de la

Por su parte, la institución del mapa como dispositivo de abordaje científico con el fin de “unificar los criterios de priorización” surge del texto, paradójicamente, luego de señalar la necesidad de recuperar y atender las experiencias culturales regionales. El plan lo denomina Mapa AccionAR, un “mapa de abordaje territorial con indicadores múltiples georreferenciados” confeccionado a través del trabajo interministerial, que integra información sobre las “necesidades básicas insatisfechas y los programas ya existentes en todo el territorio nacional” obrante en cinco Ministerios (Salud; Educación; Ciencia, Tecnología e Innovación; Desarrollo Social; y Agricultura, Ganadería y Pesca) y dos organismos: INTA (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, organismo público descentralizado con autarquía operativa y financiera, bajo la órbita del Ministerio de Agricultura y Pesca de la Nación) y el mencionado CNCPS.

La incorporación de la generación de datos científicos destinados al diagnóstico, interpretación y seguimiento de las respectivas líneas de acción, marca una diferencia en relación a anteriores planes alimentarios nacionales. Este enfoque científico procura superar una crítica habitual a planes por la nula o deficiente previsión de mecanismos de evaluación (AbeyáGilardon, 2016; Britos et al., 2003). En 2018, la Relatora Especial del derecho humano a la alimentación de ONU había señalado que la última encuesta nacional de nutrición y salud databa de 2004-2005 y el último censo nacional agropecuario de 2002. Aunque reconoció los esfuerzos del INDEC, encontró “una falta de fuentes o datos oficiales actualizados que brinden información confiable sobre el hambre y la pobreza en los últimos diez años” y que esta “ausencia de información actualizada hace más problemático un correcto análisis de la situación en relación con la realización del derecho a la alimentación” (Elver, 2019, p. 3). Esa carencia representa no sólo un déficit respecto

Secretaría de Asuntos Estratégicos (SAE). *El Gobierno presentó el Plan AccionAR*, publicado el viernes 16 de octubre de 2020, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-presento-el-plan-accionar> Fuente recup. 18/02/2021

del funcionamiento institucional democrático en general, sino además un menoscabo del aprendizaje que la administración podría hacer de su propia experiencia²⁵.

La incorporación de dispositivos científicos para la medición responde también a recomendaciones internacionales en materia de seguridad alimentaria, tales como las contenidas en las ‘Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional’ (FAO, 2005). Estas directrices aconsejan específicamente a los Estados el establecimiento de “sistemas de información y cartografía sobre la inseguridad alimentaria y la vulnerabilidad (SICIAV), a fin de identificar los grupos y los hogares especialmente vulnerables a la inseguridad alimentaria y las razones de ello” (Directriz 13.1).

Tales dispositivos contribuirían a una eficaz orientación de la asistencia de los grupos vulnerables, de modo que no excluya a ninguna persona necesitada ni incluya a nadie que no la necesite. En este sentido, la Directriz 13.3, recomienda establecer criterios de selección transparentes y no discriminatorios - como los bienes y los ingresos familiares e individuales, el estado nutricional, la situación sanitaria y los mecanismos de supervivencia existentes - a partir de sistemas administrativos y de rendición de cuentas eficaces, que impidan la malversación y prevengan la corrupción.

III.2. El mapa como dispositivo de poder

El mapa AccionAR fue elaborado en el contexto de la Mesa de Priorización Territorial y Estrategias de Abordaje. Esta mesa interministerial fue conformada desde la Mesa Federal Argentina contra el Hambre para realizar “un diagnóstico interdisciplinario, interjurisdiccional e intersectorial” en torno al PACH

²⁵ El PACH de 2020 incorpora la evaluación y monitoreo como uno de sus componentes, promoviendo la aplicación de las ciencias y tecnologías, siendo otra acción que muestra la impronta científica en el tratamiento de la administración de la cuestión alimentaria.

(Res. Ministerio de Desarrollo Social 8/20). El Mapa se confeccionó originalmente a partir de datos antropométricos georeferenciados de talla y peso, con el fin de calcular las prevalencias de distintos indicadores de malnutrición, tanto por defecto - bajo peso, baja talla - como por exceso - obesidad y sobrepeso -. El mapa “es interactivo y permite efectuar consultas según sexo y rango etario, así como también agruparlas en distintas escalas geográficas (región, provincia, departamento, centro de salud)”²⁶, y está prevista la ampliación a nuevos indicadores sociales.

El mapa aparece en el Plan como instrumento indispensable para lograr su objetivo general de abordaje territorial integral respecto de las políticas sociales en las localidades más vulnerables. Queda constituido así en epicentro de toda la información sobre la que se basa el Plan²⁷. El mapa fue presentado como “una clara demostración de cómo se integra el conocimiento con los datos concretos para poder formular y tener políticas que lleguen a todos los rincones del país”, poniendo “todo el conocimiento que tiene nuestro sistema de ciencia y técnica, nuestras universidades nacionales, a disposición del pueblo argentino para solucionar las emergencias que hoy estamos viviendo”²⁸.

Al ser confeccionado por expertos, es considerado una herramienta que dota de objetividad y certeza a las decisiones públicas. A través del prestigio asociado al conocimiento científico, el mapa funciona como vía de legitimación de las elecciones sobre priorización, distribución, implementación y

²⁶ Investigadoras e investigadores del CONICET y de la UBA desarrollaron el Mapa AccionAR, publicado el 22/10/2020, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/investigadoras-e-investigadores-del-conicet-y-de-la-uba-desarrollaron-el-mapa-accionar>

²⁷ A partir del mapa “se desarrollarán criterios de priorización para la intervención territorial” en “las zonas más vulnerables del país” y la determinación de “las medidas a implementarse, que deberán estar orientadas, en una primera instancia, a poblaciones en estado de vulnerabilidad” (Vistos Decreto PEN 984/2020).

²⁸ Manifestaciones del ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación, Roberto Salvarezza. El Gobierno presentó el Plan AccionAR, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-presento-el-plan-accionar> Fuente recup. 18/02/2021

utilización de los recursos públicos afectados a aquello que se considera parte del ‘problema del hambre’.

Este modo de concebir el mapa, como registro inerte que refleja cierta realidad exterior de modo objetivo, puede ser cuestionado a partir de las contribuciones de la geografía crítica. Desde esta perspectiva, todo mapa conlleva una carga de valor, en tanto reconstruye una imagen que refleja un mundo socialmente construido. Los mapas implican a su vez una forma de concebir, articular y estructurar ese mundo social. A través de los mapas, este mundo se inclina hacia, es promovido por o ejerce influencia sobre determinados grupos de relaciones sociales (Harley, 2005, p. 80).

En este sentido, los mapas pueden ser considerados expresiones de un tipo particular de saber e implican siempre formas de ejercicio del poder²⁹. Como cualquier otro dispositivo científico, los mapas distan de ser herramientas neutrales, pues tienen un significado político. De allí la relevancia de considerar los diferentes lugares de producción del conocimiento geográfico. Por su particular necesidad de información para el gobierno y el control, los Estados constituyen uno de los principales espacios de producción geográfica (Harvey, 2007)³⁰.

El reconocimiento del sustrato político de los mapas no se apunta aquí en el sentido de desecharlos como herramienta de gestión pública, dado que son instrumentos valiosos a la hora de dimensionar los problemas sociales. Se trata, sin embargo, de

²⁹ HARLEY, John Brian (2005). *La nueva naturaleza de los mapas: Ensayos Sobre La Historia De La Cartografía*. Editorial Fondo De Cultura Económica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 82. El autor citado abreva en los aportes de Foucault sobre la relación saber-poder, así como de A. Giddens (sobre relación entre poder y conocimiento) para desarrollar esta concepción.

³⁰ HARVEY, David (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Editorial Ediciones AKAL, Madrid, pág 231. Mediante los mecanismos de planificación, el Estado genera nuevas configuraciones geográficas y se convierte en “uno de los principales ámbitos para orquestrar la producción de espacio, la definición de territorialidad, la distribución geográfica de la población, la actividad económica, los servicios sociales, la riqueza y el bienestar”.

advertir que se trata de herramientas no neutrales que materializan ciertas relaciones de poder, lo cual debe ser considerado tanto en su elaboración como en la interpretación de los datos que arroje.

Una limitación adicional del Mapa AccionAR reside en la opacidad que subyace a su proceso de conformación. Los datos en los que se basó el mapeo, así como sus resultados - por los cuales se decidió intervenir prioritariamente sobre ciento treinta tres municipios considerados más vulnerables³¹- no se encuentran públicamente disponibles. En la definición del alcance del Plan (Anexo del Decreto 984/2020) se describe una primera etapa a partir de los datos ya relevados a través del Mapa AccionAR, en la que “se espera abordar a más de 130 departamentos de todo el país en los que se ha detectado un alto índice de malnutrición (priorizando los casos de bajo peso y baja talla en niños/as de 0 a 5 años)” y se afirma que las etapas siguientes “serán determinadas conforme los indicadores que vayan evolucionando y conforme los nuevos criterios y lugares de priorización”.

Esa flexibilidad en la proyección de las etapas subsiguientes del Plan podría ser ponderada como una posible apertura que habilite una acepción del mapa en tanto objeto socialmente construido, no limitado a un espacio académico de producción de conocimiento, permitiendo la incorporación de otras miradas, otras cartografías sociales. Esta concepción concordaría con el objetivo específico de fortalecer “la participación social potenciando los recursos, saberes y capacidades de la comunidad”³². La amplitud respecto de la incorporación de nuevos

³¹ Durante la presentación del Plan, el Jefe de Gabinete, Santiago Cafiero, explicó que el mapa es una herramienta fundamental para el abordaje territorial “pero sobre todo para hacer efectiva la política pública, allí en esos 133 municipios”. El Gobierno presentó el Plan AccionAR, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-presento-el-plan-accionar> Fuente recup. 16/10/2020.

³² Objetivo que se corresponde con las líneas de acción referidas a la creación de Centros integradores comunitarios (4), y la promoción de participación popular a través de polos

criterios en el mapa podría ser interpretada como una ocasión para el diálogo con los conocimientos geográficos forjados en espacios no hegemónicos, como movimientos sociales u ONGs.

Sorprende particularmente la opacidad en la construcción del mapa si se tiene en cuenta que fue elaborado por investigadores radicados en instituciones públicas y a partir de información relevada por organismos públicos. El mapa, desarrollado por investigadoras e investigadores de CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina) y la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales (FCEN) de la Universidad de Buenos Aires, fue realizado “en base a información del Ministerio de Salud, Desarrollo Social, Interior, Agricultura, Ganadería y pesca, INTA, el RENABAP³³ y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales”³⁴. En otra publicación oficial se menciona también la participación del programa SUMAR (dependiente del Ministerio de Salud de la Nación) que aportó información de niños, niñas y adolescentes de 0 a 19 años, bajo cobertura de salud exclusiva en el sistema público³⁵.

Que no se trate de una herramienta de acceso público cercena la disponibilidad de la información arrojada por el mapa. Esto dificulta el escrutinio público acerca de la forma en que se decide ejecutar los recursos que se afecten al plan y limita la participación pública tanto respecto de la elaboración como en el control de ejecución del Plan.

culturales; bibliotecas populares; actividades artísticas como herramientas de contención e inclusión, entre otras (8).

³³ En el RENABAP, Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (Dec. 358/2017) se registran los bienes inmuebles donde se asientan barrios populares y sus construcciones, y sí es de acceso público: <https://www.argentina.gob.ar/desarrollsocial/renabap>

³⁴ El Gobierno presentó el Plan AccionAR, publicado el 16/10/2020, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-presento-el-plan-accionar>. Fuente recup. 18/02/2021.

³⁵ Investigadoras e investigadores del CONICET y de la UBA desarrollaron el Mapa AccionAR, publicado el 22/10/2020, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/investigadoras-e-investigadores-del-conicet-y-de-la-uba-desarrollaron-el-mapa-accionar>

IV. Enfoque de construcción de ciudadanía

El Plan se propone lo que denomina un “enfoque de construcción de ciudadanía”³⁶, el cual viene acoplado a los conceptos de enfoque de derechos³⁷ y enfoque inclusivo³⁸. El documento no explicita a qué se refiere con estos términos. De la combinación de los objetivos sociales del plan - en particular su referencia explícita a la justicia social y la cuestión del acceso universal a una canasta básica saludable - con una interpretación acorde a una realización efectiva de los DESC, cabría entender que se trata de un abordaje de la ciudadanía en sentido ‘social’. Esta concepción de ciudadanía social parte de un cuestionamiento a la “mitología cultural” de la noción de ciudadanía civil que subyace a las prestaciones sociales del liberalismo moderno, tanto a las prestaciones de seguridad como a las de asistencia social.

La mencionada mitología cultural consiste en entender que la ciudadanía civil se ordena en torno a la categoría de contrato, con su corolario de individualismo propietario, que explica las relaciones como forjadas siempre entre sujetos de derechos - propietarios - que intercambian recíprocamente bienes monetizables equivalentes en el mercado. Al margen, la noción de caridad, propia de la esfera familiar y privada, describiría las recepciones unilaterales de bienes. Esta oposición se traduce en las prestaciones sociales, planteando las compensaciones al trabajador bajo el modelo de contrato - por la norma del salario, recibe prestaciones a cambio del trabajo realizado - y las subvenciones de la asistencia pública como caridad - subsidios

³⁶ El párrafo tercero de la Fundamentación del Anexo expresa que la cuestión social es abordada desde este enfoque “para superar la inequidad existente en los niveles de ingreso de diferentes grupos de población y acceso a alimentos de calidad”.

³⁷ El enfoque de derechos se infiere del párrafo tercero de los fundamentos del Anexo, que refiere a los beneficiarios de políticas integrales como sujetos de derechos.

³⁸ El enfoque inclusivo es nombrado explícitamente en el segundo párrafo del Anexo como eje rector del plan, junto con la referencia a la necesidad de priorizar “a la población con necesidades básicas insatisfechas”.

‘a cambio de nada’, según este esquema- lo que engendra una estigmatización en quienes reciben las prestaciones (Fraser& Gordon, 1992). La noción de ciudadanía social intenta superar esta dicotomía entre contrato y caridad, en función de repensar el reparto de bienes sociales (educación, salud) a partir de otras lógicas como la solidaridad, la reciprocidad no contractual o la interdependencia (Fraser& Gordon, 1992)³⁹.

Este abordaje de ciudadanía como social tiene potencial significativo para la interpretación de la referencia en el Plan AccionAR a la construcción de ciudadanía. Especialmente si es interpretada en articulación con los enfoques inclusivo y de derechos. En efecto, la articulación de estos tres enfoques podría contribuir a la visibilización de ámbitos de dominación que la ‘mitología cultural’ de la ciudadanía civil ocultó, como los de género y raza.

La revisión de la racionalidad liberal contractualista que subyace a la ciudadanía civil conduce a una reconsideración de los sujetos que la dicotomía moderna público-privado ha relegado al ámbito ‘doméstico’, y así a la lógica jerárquica y asistencialista de la ‘caridad’. La oposición entre contrato y caridad sigue atravesando esta racionalidad liberal contractual que sostiene la ‘estructura de aportación estatal de bienes sociales’. En este sentido se entiende que los programas focalizados en prestaciones asistencialistas para poblaciones vulnerables refuerzan las estructuras de las relaciones de dominación.

Una interpretación de la adjetivación del enfoque normativo del Plan como ‘inclusivo’ - planteado en los fundamentos del Anexo (párr. 2) junto con una definición institucional que sitúa al Estado Nacional como agente de “redistribución inclusiva”

³⁹ FRASER, Nancy, & Gordon, Linda (1992). “Contrato versus caridad: Una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social” en *Revista Isegoría*, Nro. 6. Disponible en <https://doi.org/10.3989/isegoria.1992.i6.324>. Este análisis de Fraser y Gordon fue elaborado en la década de los ‘80 y para comprender la cultura política de los EE.UU. Sin embargo, tanto la expansión global de la racionalidad liberal contractualista como la tradición constitucional compartida, habilitan una base común para tomarlas aquí como referencia.

(parr. 3)- debería al menos cuestionar en qué estructura, sistema o modelo se pretende incluir. Ello puesto que toda inclusión corre el riesgo de eliminar la alteridad, por absorción en el sistema o modelo dominante.

IV.1. Cuestiones de cuidado y género

La noción de vulnerabilidad constituye el criterio clave de priorización en la implementación de las acciones del Plan, tanto para el recorte territorial como para el poblacional⁴⁰. Como categorías de poblaciones vulnerables, se reconocen de antemano a las de niñez, discapacidad y adultos mayores, a partir del listado de los objetivos específicos y sus correlativas líneas de acción⁴¹. En este recorte prioritario puede señalarse una connotación de la cuestión del cuidado - que suele ser abordada como derecho humano universal-, en tanto que las tres categorías son identificables con el contenido de este derecho, que comprende los derechos a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado (Pautassi, 2007). El Plan sin embargo no menciona expresamente la cuestión del cuidado y tampoco hace referencia a ella como derecho humano.

La particular consideración de estos tres grupos puede ser interpretada como un reconocimiento de las obligaciones estatales respecto del cuidado⁴². Aunque no lo exprese explícitamente, el Plan AccionAR comenzaría a incluir en la agenda pública cierta responsabilidad estatal para con los sujetos necesitados de cuidado. Esto puede interpretarse a partir de

⁴⁰ A partir del Mapa AccionAR, el plan estipula: 1. dónde actuar primero (delimitación territorial de las políticas) que será en torno a “las zonas más vulnerables del país”; y 2. a quiénes beneficiar primero (determinación de los beneficiarios prioritarios, que lo serán en cuanto “poblaciones en estado de vulnerabilidad”).

⁴¹ Especialmente los objetivos específicos: 4.- Favorecer el desarrollo integral infantil; 5.- Promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; y 6.- Favorecer la mejora y el sostenimiento de la calidad de vida de los adultos mayores.

⁴² El Estado, es uno de los cuatro sujetos prestadores que debe garantizarlo, en virtud de una serie de obligaciones impuestas por Tratados internacionales.

las líneas de acción del Plan que refieren a derechos humanos vinculados a facilitar un contexto material que habilite las tareas de cuidado. En este sentido, las líneas de acción relativas al acceso a la vivienda y servicios (1), al sistema educativo (2) y el fortalecimiento del sistema sanitario (3). Dada la amplitud con que se prevé cada una de ellas, y de que no se trata de un listado taxativo (se considera la posibilidad de incorporar otras acciones en el futuro) cabe interpretar también que los centros comunitarios que se crearán o fortalecerán (línea de acción 4) así como los espacios de participación popular (línea de acción 8, que contempla el fomento de polos culturales, bibliotecas populares, clubes de barrio, entre otros) podrán funcionar como espacios que alberguen alternativas para resolver la problemática del cuidado. Asimismo, la línea 6, vinculada a la inclusión de personas con discapacidad, menciona el “fortalecimiento de instituciones que asistan a dichas personas”⁴³.

Sin embargo, aunque se trata de medidas valiosas, no alcanzan como implementación del cuidado entendido como derecho, en tanto éste no se satisface sólo promoviendo acciones relativas a los servicios reproductivos tales como los educativos, de salud, culturales, seguridad social, sino que hace falta abordar transversalmente “las responsabilidades, permisos legales, arreglos familiares y societales, inversión, pero también reconocimiento” (Pautassi, 2016, p. 40).

Respecto de la asistencia de las personas que requieren cuidado se destaca la ausencia de articulación del cuidado con la cuestión de género en el Plan. Las tareas de cuidado - tanto en general como de los tres grupos mencionados en particular - recaen tradicionalmente sobre las mujeres, cuya responsabilidad como prestadoras de esos cuidados se ha naturalizado. Esta invisibilización puede implicar una reproducción, en el marco del Plan, de la denominada doctrina de las esferas separadas,

⁴³ En relación a los adultos mayores (línea 7) solo se menciona el impulso de “la realización de campañas de concientización”. Es confuso si se trata de campañas de alfabetización sobre estos derechos o qué tipo de ‘concientización’ se pretende generar y en qué sujetos.

que jerarquiza en una esfera pública ‘masculina’ al trabajo asalariado, relegando al ámbito doméstico, habitado por mujeres, los trabajos de cuidado⁴⁴. La naturalización discursiva de esta división y su consecuente relegación de las tareas de cuidado en las mujeres, suele implicar una sobrecarga para éstas, sobre todo cuando han logrado llegar a las esferas públicas de trabajo formalizado. Precisamente, las teorías críticas de género han reprochado a las teorías críticas de filiación marxista que en sus denuncias sobre al capitalismo como forma de explotación del trabajo asalariado, olvidaron la reproducción de la fuerza del trabajo al interior de la esfera doméstica⁴⁵.

La invisibilización de la división de tareas de cuidado - entre las cuales la alimentación cuenta como principal - viene reproduciéndose desde programas alimentarios que anteceden al PACH, incluso en los más recientes que llegaron a incorporar el enfoque de derechos humanos. Así, la Ley 25724/02 que crea el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional prioriza la atención de las mujeres sólo por su posición de madre y mientras dura la gestación, luego se prioriza sólo el niño, asumiendo que el cuidado materno- parental es una situación que se da naturalmente, no un trabajo, sin reconocer derechos propios de las mujeres a cargo del cuidado⁴⁶.

⁴⁴ PATEMAN, Carole (2009). “Críticas feministas a la dicotomía público/privado” en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, SALGADO, Judith, VALLADARES, Lola, *El género en el derecho. Ensayos críticos*. V&M Gráficas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 40. Según esta doctrina “la naturaleza de las mujeres es tal que lo correcto es que estén sometidas a los hombres y que el lugar que les corresponde es la esfera privada, doméstica. A su vez, para los hombres lo correcto es que habiten y gobiernen ambas esferas”.

⁴⁵ PATEMAN, Carole (2009). “Críticas feministas a la dicotomía público/privado” en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, SALGADO, Judith, VALLADARES, Lola, *El género en el derecho. Ensayos críticos*. V&M Gráficas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 59. El trabajador “puede estar listo para trabajar y para concentrarse en su trabajo completamente liberado de la cotidiana necesidad de preparar la comida, fregar, lavar y atender a los hijos/as sólo porque estas tareas son realizadas de forma no remunerada por su esposa”

⁴⁶ Dicha Ley se dicta “cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía” especificando, a renglón seguido, que “se prioriza a las mujeres embarazadas y los niños hasta los 5 (cinco) años de edad” (art. 1).

Esta invisibilización muestra un doble estándar en el Plan que, mientras reconoce la necesidad de una política redistributiva, se termina centrando en poblaciones vulnerables para asistirles con prestaciones como la tarjeta alimentar (principal herramienta en la que se apoya el PACH) para paliar lo que denomina el “hambre más urgente”. Esto genera una oscilación al interior del Plan entre las nociones de ciudadanía civil y social.

Por un lado, y más allá de la redacción del Decreto, es esperable que el enfoque de género se vea reflejado en las próximas acciones del Plan⁴⁷. Aunque al postergar la cuestión del cuidado como derecho y política transversal, el Plan pierde la oportunidad de articular en la agenda política una cuestión central en materia social y, particularmente, en materia alimentaria. Esta pérdida es aún más significativa en el contexto de la crisis pandémica de Covid-19, que de hecho es expresamente invocada en los fundamentos del Decreto del Plan AccionAR como factor de acrecentamiento de las “situaciones de inequidad y falta de cobertura de derechos”, conduciendo al “Estado Nacional a maximizar los esfuerzos en la implementación de políticas de protección, inclusión y sostenimiento” de la población afectada. Esta pandemia ha puesto crudamente de relieve la importancia del cuidado, tanto del auto cuidado como el cuidado de otros, y en general de la universalidad, integralidad e interdependencia de los derechos humanos (Pautassi, 2020).

IV.2. Estado garante y enfoque de derecho

La incorporación del enfoque de derechos en el Plan trae a colación la cuestión del rol del Estado frente a la realización de los derechos. Especialmente si este enfoque es recuperado desde la radicalidad que significa la efectiva realización de los derechos

⁴⁷ La ministra de Mujeres, Géneros y Diversidades también fue convocada en la presentación del Plan. En el marco de este Ministerio (creado en 2019) se conformó una Mesa Interinstitucional de Cuidados (MIPC, 2020) integrada, entre otros, por el Ministerio de Desarrollo Social y el CNCPS.

humanos. Partiendo de las obligaciones internacionales que éstos implican, el Estado tiene el rol de su principal garante.

Un Estado garante no puede desatender las responsabilidades que le competen en materia de derechos humanos, cuya vinculatoriedad cuenta con jerarquía constitucional en el sistema normativo argentino. Esto remite al diálogo de fuentes de las regulaciones propias de las administraciones públicas con los niveles constitucional e internacional de los derechos⁴⁸. El diseño, interpretación y aplicación de todas las políticas, programas y medidas de la administración pública deben partir de un enfoque de derechos. Este enfoque, al colocar al sujeto en su pretensión, otorga al Estado una posición debitoria que debe plasmarse en medidas concretas y efectivas.

El amplio alcance que se propone el Plan en materia social, incluyendo cuestiones de educación, alimentación, salud, participación, economía social, vivienda, especificando los derechos de niños, niñas y adolescentes, de adultos mayores, y de personas con discapacidad. confirma la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La centralidad que otorga a la cuestión alimentaria reivindica a su vez la fundamentalidad de este derecho (Craven, 1995, p. 307) que lo vuelve prioritario en tanto requisito para la efectiva realización de cualquier otro.

La invocación expresa a los derechos humanos como fundamento de la normativa alimentaria es reciente. Por primera vez en 2003 Ley 25724/02 expresa que la creación del Programa de Nutrición y Alimentación Nacional obedece al “cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía” (art. 1). La legislación alimentaria posterior que se dicta a nivel nacional y

⁴⁸ Existe una íntima relación entre el sistema de fuentes y las formas de gobierno y administración, de modo que al cambiar éstas, aquellas también se transforman. (BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (2012). “Nuevas coordenadas del sistema de fuentes del Derecho Administrativo” en *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Editorial Derecho Global, Surrey, Pág. 259 y sgtes).

su reglamentación, seguirá esta línea de enfoque de derechos y expresa mención al derecho humano a la alimentación. Sin embargo, los programas alimentarios, al igual que otros programas sociales para combatir la pobreza y asistir a poblaciones consideradas vulnerables “sólo se han traducido en programas de transferencia condicionados (PTC) con “filtros” de derechos, con lo cual se renuevan viejas prácticas focalizadoras con una retórica de derechos” (Arcidiácono et al., 2011, p. 55).

La necesidad de superar los enfoques focalizados en sectores pobres cobra mayor relevancia atento a los datos sobre el problema de la malnutrición desagregada en lo que se conoce como la “triple carga de la malnutrición”. Los aumentos más alarmantes no son en la desnutrición (subalimentación o falta de calorías) se han producido en relación al sobrepeso y la obesidad de niños/as y adolescentes, que conduce a enfermedades no transmisibles como diabetes o problemas cardiovasculares. Si bien el aumento es más pronunciado en los sectores medios y bajos, se trata de una problemática transversal a las diferentes infancias (Tuñón&Poy, 2020, p. 30).

La concentración de las apuestas concretas del Plan AccionAR en prestaciones alimentarias focalizadas, y la postergación o menor asignación de recursos (en términos comparativos) a otros componentes del PACH o líneas que hacen a aspectos estructurales de la problemática alimentaria (producción agroecológica, economía social, acceso al agua) y de otros bienes sociales en general (salud, educación, vivienda) obstaculiza una efectivización del enfoque de derechos, en el sentido de apoyar sujetos autónomos, habilitando un entorno que permita tomar decisiones propias (y sostenerlas) sobre las mejores salidas a la problemática del hambre y hacia un horizonte de una “mejor vida”, a partir de las definiciones y elecciones que los propios sujetos y sus comunidades se den para sí.

En este sentido, cabe observar los limitados espacios previstos para la participación ciudadana en el Plan. Como se ha señalado (apartado 1) pueden rescatarse los ámbitos de diálogo

interministerial e intersectorial que abre la Mesa Argentina contra el Hambre, como superación de las formas institucionalizadas tradicionales del Estado liberal o social - verticalistas y limitadas al interior del aparato del Estado -. Aunque pueda reconocerse cierto potencial participativo y de apertura en esta flexibilidad, la falta de mecanismos jurídicos de garantía para la implementación de las decisiones que allí se consensúen, puede terminar convirtiéndola en un mero espacio de intercambio de consejos y recomendaciones desde el sector privado hacia el Estado, sin vinculatoriedad o responsabilidad, como sucede con las tres formas previstas para la participación en el marco del PACH, el Consejo Federal Argentina contra el Hambre, el Observatorio Nacional Argentina contra el Hambre, y las denominadas Redes de la Sociedad Civil⁴⁹.

La forma en que la pandemia COVID ha incrementado y profundizado crisis socioeconómicas preexistentes, afectando particularmente la inseguridad alimentaria. Datos recientes muestran un deterioro en los indicadores de pobreza no sólo de hogares en situación de vulnerabilidad previa a la crisis sanitaria, sino también en grupos que no eran considerados pobres antes (Salvia & Britos, 2020). Ello torna aún más relevante y urgente el cambio en el enfoque asistencialista y focalizado de los programas alimentarios⁵⁰.

V. Perspectivas del Plan AccionAR

El Plan AccionAR se muestra como un marco político-regulatorio que brinda una serie de lineamientos consistentes para llevar adelante una política social exigente y ambiciosa.

⁴⁹ Ver descripción de estos espacios en: <https://www.argentina.gob.ar/argentina-contra-el-hambre/mecanismos-participacion> Fuente recup. 18/02/2021.

⁵⁰ Se evidencia no solo un deterioro en la inseguridad alimentaria como carencia de las calorías necesarias (hambre) sino también los otros dos problemas de la triple carga de la malnutrición, la deficiencias en vitaminas, minerales y micronutrientes; y el sobrepeso y obesidad (Salvia & Britos, 2020, p. 10).

Como primer lineamiento se destaca la metodología de trabajo interministerial e intersectorial que de algún modo representa un cambio de enfoque epistemológico de la administración pública. Este giro tiene potencial para la superación del recurrente obstáculo en la regulación de las políticas sociales complejas que representan los problemas de articulación entre los diversos sectores de regulación involucrados. Como limitación puede destacarse la ausencia de la dimensión federal en la articulación de las mesas interministeriales, que implicaría la consideración de los diferentes niveles o estratos de gobierno (nación, provincia, municipio).

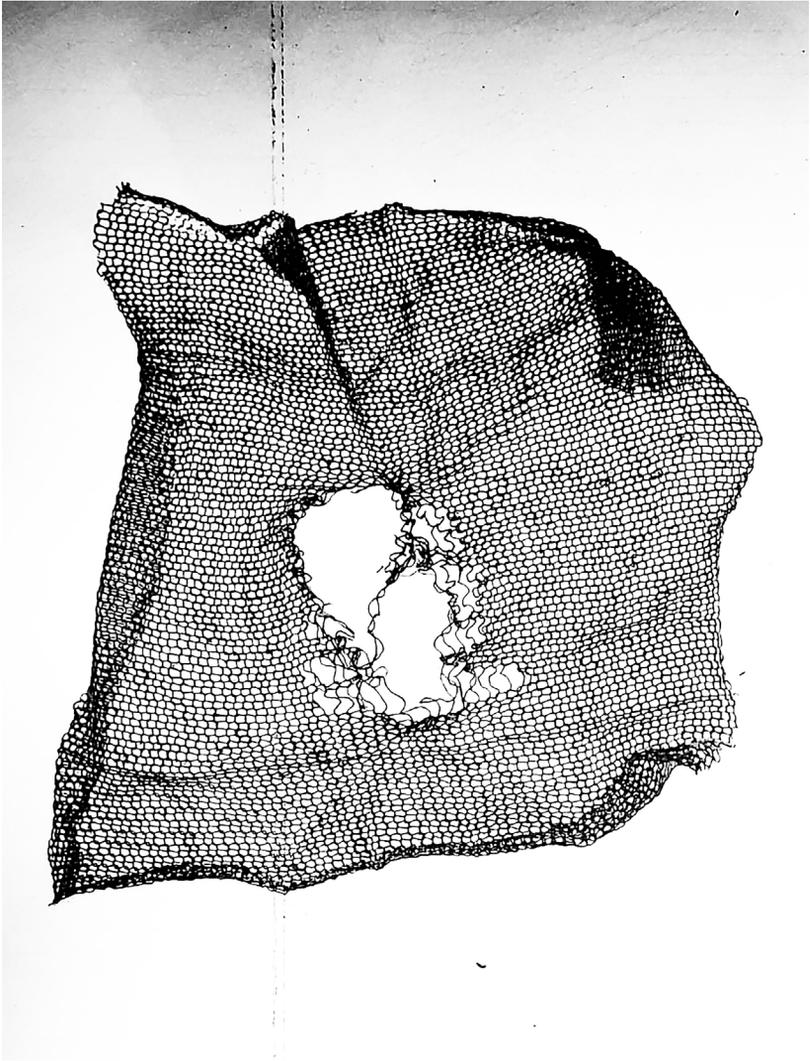
Como segundo lineamiento se señaló la inclusión del concepto de abordaje territorial integral. De este abordaje se rescata como positiva la construcción de conocimiento científico para una más adecuada intervención territorial de los problemas sociales, especialmente la confección de un mapa para georeferenciar la problemática alimentaria. Sin embargo, se advierte cierta tendencia a considerarlo una herramienta de gobierno objetiva que viene legitimada por su origen experto. Ello opaca los intereses y las discusiones políticas que necesariamente también involucra, los cuales deben hacerse visibles para habilitar un tratamiento democrático y participativo tanto del diseño como la implementación y evaluación del plan.

El tercer lineamiento recuperado es el enfoque de construcción de ciudadanía. Se advierte que este puede representar una oportunidad para incluir en la agenda pública una adecuada articulación del derecho a la alimentación con la cuestión del cuidado y la perspectiva de género. Aunque el texto del plan no lo exprese en estos términos, a través del diálogo con otros planes y programas vigentes (en la medida que se efectivice la mentada metodología intersectorial e interministerial) podría avanzarse en esta articulación bajo un enfoque de derechos.

Al gran potencial del plan, que reside particularmente en estos tres lineamientos en principio innovadores, coexisten las limitaciones señaladas. Por tratarse los tres de cuestiones de

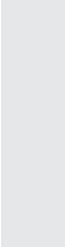
enfoque, dependen en gran medida de su implementación práctica. Eso abre el riesgo de estancamiento en un nivel discursivo. Así, la multisectorialidad no se efectivizará si no se logran concretar los convenios que el ejecutivo nacional se propone alcanzar con otros niveles y organismos de la administración pública para lograr la efectiva implementación. El abordaje territorial no llegará a ser integral si el enfoque científico no es complementado con mecanismos dialógicos de participación social. El enfoque de construcción de ciudadanía no logrará articularse con el objetivo social del plan si no tiene en cuenta las cuestiones de cuidado y género, pudiendo incluso reproducir vicios asistencialistas que se propone superar mediante el enfoque de derechos.

Para una perspectiva integral como la que se propone el Plan, no sería suficiente la intervención estatal mediante planes alimentarios para atender la cuestión de la desnutrición en poblaciones vulnerables. Una estrategia integral efectiva implica comenzar a diseñar e implementar mecanismos a largo plazo capaces de enfrentar obstáculos estructurales y factores problemáticos transversales, y debe incluso sostenerse en el contexto de emergencia sanitaria, para no recaer en salidas cortoplacistas para paliar la crisis.



COMENTARIO A JURISPRUDENCIA





Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: *Donde duele*

Doscientos años del Poder Judicial bonaerense

Two hundred years of the Buenos Aires Judicial Power

Duzentos anos do Poder Judiciário de Buenos Aires

Deux cents ans du pouvoir judiciaire de Buenos Aires

布宜诺斯艾利斯两百年司法权

*Diego Gabriel Presa*¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 261-283

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e517>

Recibido: 01/11/2020

Aprobado: 15/01/2021

Resumen: El presente trabajo recorre dos siglos de historia judicial bonaerense, desde su creación en 1821 a la actualidad. Podremos encontrar en las diferentes normas que se citan, el crecimiento del Poder Judicial de una de las provincias más importante de la Argentina y su consolidación en el tiempo, dividido en cinco etapas en el tiempo, con la idea de cumplir con la manda constitucional de afianzar la justicia.

Palabras clave: Poder Judicial Bonaerense, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, doscientos años.

¹ Abogado, profesor adjunto de Historia Constitucional Cat. III de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Relator de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Email: dgpresa@yahoo.com.ar (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3315-9301>).

Abstract: This work covers two centuries of Buenos Aires judicial history, from its creation in 1821 to the present. We can find in the different norms that are cited, the growth of the Judicial Power of one of the most important provinces of Argentina and its consolidation over time, divided into five stages in time, with the idea of complying with the constitutional mandate of secure justice.

Keywords: Buenos Aires Judicial Power, Supreme Court of Justice of Buenos Aires, two hundred years.

Resumo: O presente trabalho cobre dois séculos da história jurídica de Buenos Aires, desde sua criação em 1821 até o presente. Podemos encontrar nas diferentes normas que se citam, o crescimento do Poder Judiciário de uma das mais importantes províncias da Argentina e sua consolidação ao longo do tempo, dividido em cinco etapas no tempo, com o objetivo de cumprir o mandato constitucional de justiça segura.

Palavras-chave: Poder Judicial de Buenos Aires, Corte Suprema de Justiça de Buenos Aires, duzentos anos.

Résumé: Le présent travail couvre deux siècles d'histoire judiciaire de Buenos Aires, de sa création en 1821 à nos jours. On retrouve dans les différentes normes qui sont citées, la croissance du pouvoir judiciaire de l'une des provinces les plus importantes d'Argentine et sa consolidation au fil du temps, divisée en cinq étapes dans le temps, avec l'idée de se conformer au mandat constitutionnel de justice sécurisée.

Mot-clés: Pouvoir judiciaire de Buenos Aires, Cour suprême de justice de Buenos Aires, deux cents ans.

摘要: 目前的工作涵盖了从1821年创建到现在的布宜诺斯艾利斯两个世纪的司法历史我们可以在引用的不同规范中找到阿根廷最重要省份之一的司法权的增长及其随时间的巩固分为五个阶段其思想是遵守宪法规定公正的正义。

关键字: 布宜诺斯艾利斯最高法院司法权, 布宜诺斯艾利斯, 已有200年的历史。

I. Presentación

El presente trabajo recorre dos siglos de historia judicial bonaerense, desde su creación en 1821 a la actualidad. Podremos encontrar en las diferentes normas que se citan, el crecimiento del Poder Judicial de una de las provincias más importante de la Argentina y su consolidación en el tiempo, dividido en cinco etapas en el tiempo, con la idea de cumplir con la manda constitucional de afianzar la justicia.

II. Los primeros tiempos 1820-1854

La Republica Argentina a partir de 2010 se ha convertido en un país bicentenario, y así también llegan a ese aniversario distintas instituciones, pero fundamentalmente poderes de los Estados Provinciales que componen la Nación.

La Provincia de Buenos Aires cumplió sus doscientos años en 2020, pero el Poder Judicial lo hace en el 2021, han transcurridos dos siglos y la Provincia jamás ha dejado de buscar, tal como lo establece y mantiene en su preámbulo la última reforma constitucional provincial de “... afianzar la justicia...” el objetivo que debe renovarse día a día para poder afianzar la justicia realmente y que esta pueda llegar a los bonaerenses en tiempo y forma.

La Sala de Representantes creada el 16 de febrero de 1820, dio el primer paso al dictar una ley de supresión de la autoridad de los Cabildos el 24 de diciembre de 1821, fecha que debemos tomar formalmente como el de inicio de la justicia provincial, antes de ella, en el primer periodo de formación de la Nación, entre 1810 a 1820, la justicia es de carácter nacional, pero a partir de la primer batalla de Cepeda² y el nacimiento de la Provincia de Buenos Aires, la justicia considerada como

² 1º de febrero de 1820, batalla entre las fuerzas de Entre Ríos y Santa Fe, Provincias bajo el protectorado de José Gervasio de Artigas contra las fuerzas del Directorio, a cargo del Director Supremo José Rondeau.

nacional, queda en territorio de la nueva Provincia y comienza su organización como provincial.

La supresión del Cabildo como autoridad tenía varias motivaciones, para el Poder Ejecutivo, primero el Cabildodejaba de tener una autoridad que muchas veces parecía hasta superior, suplantándolo ante un vacío de poder, para el sistema republicano en sí mismo, se asumía una verdadera división de poderes y se abandonaba el viejo sistema español de funciones cruzadas con distintos poderes –ejecutivo, legislativo y judicial– en un solo organismo, pero fundamentalmente el nuevo Poder Judicial, surgía una nueva estructura netamente jurídica, cimentada en jueces de primera instancia con carácter letrado, con inamovilidad en sus funciones y rentados, siendo la otra base la justicia de paz lego, confiada al vecino más respetado de una pequeña comunidad.

La justicia letrada tenía un gran inconveniente en todo el país, que era la falta de abogados que ocuparan los cargos de jueces, además estos abogados debían estar preparados en el conocimiento de la dispersa legislación existente, dado que se seguía utilizando la legislación indiana para la resolución de conflictos. No obstante se designaron dos jueces en la Capital –actual Ciudad de Buenos Aires– y tres jueces en la campaña –en el interior de la Provincia–, La Sala de Representantes autorizo por ley al gobernador Martín Rodríguez³ a dividir la Provincia en Departamentos Judiciales. Los jueces serían acompañados para poder desarrollar su labor por la Defensoría de Pobres y Menores, que tendría la función al mismo tiempo de Procuración General. El 13 de febrero de 1822 surgieron los oficiales de justicia que reemplazaban a los aguaciles mayores del antiguo cabildo.

La única Universidad hasta 1820 era la de Córdoba y Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de

³ 1771-1845, político y militar argentino, luchó en la guerra de la independencia y fue gobernador de Buenos Aires entre 1820 a 1824.

Chuquisaca⁴, la cual estaba bajo control realista, será liberada del yugo español en recién en diciembre de 1824 con la Batalla de Ayacucho, que terminaría con el poder realista en Sudamérica, aunque dicho hecho bélico, llevaría a la creación de un nuevo estado denominado Bolivia en honor a Simón Bolívar⁵, perdiendo las Provincias Unidas una de sus universidades.

En 1821 se crea por la Provincia, la Universidad de Buenos Aires que desarrollaría la carrera de abogado posibilitando el egreso de los mismos para un estado que los necesitaba, la carrera duraba unos seis años.

La nueva provincia sufrirá un duro golpe ante la ambición del grupo rivadaviano, quien la disuelve en 1826 con la sanción de la ley de capital sancionada por el Congreso de 1824 a 1827, y volverá a resurgir con la ley del 3 de julio de 1827, que insto a su organización nuevamente impulsado por Vicente López y Planes⁶, quien luego de ello, renunciaría la presidencia provisoria y se disolverá el Congreso 1824-1827 motu proprio, desapareciendo la autoridad nacional. Así la Sala de Representantes repuesta en sus funciones, elegirá y designara a Manuel Dorrego⁷ como nuevo gobernador. Mientras gobernó Juan Manuel de Rosas⁸ la justicia tuvo un papel secundario, la suma del poder público en el gobernador así lo había determinado en los hechos.

⁴ Actual ciudad de Sucre ubicada en la Republica Plurinacional de Bolivia.

⁵ 1783-1830, militar y político venezolano, Presidente de la Gran Colombia entre 1819 a 1830, libertador de Venezuela, Colombia, Ecuador, completo la campaña del Perú iniciada por San Martín y Sucre que integraba su ejército libero Bolivia.

⁶ 1784-1856, abogado, escrivano político argentino, autor de la letra del Himno Nacional Argentino, gobernador de Buenos Aires en 1852.

⁷ 1787-1828, militar y político argentino, uno de los fundadores del Partido Federal bonaerense, luchó en la guerra de la independencia, fue gobernador de Buenos Aires en 1820 y entre 1827 a 1828, murió fusilado por el General Juan Lavalle.

⁸ 1793-1877, militar y político argentino, fue Gobernador de Buenos Aires entre 1829 a 1832 y entre 1835 a 1852, derrotado en la Batalla de Caseros se exilió en el Reino Unido hasta su muerte.

La derrota de Rosas en Caseros⁹, la organización de la Provincia bajo la tutela del nuevo caudillo Justo José de Urquiza¹⁰, daría una nueva composición heterogénea a la Sala de Representantes, los distintos conflictos entre ambos llevaron a la secesión de la Provincia de Buenos Aires de las trece Provincias hermanas, agrupadas ahora en la Confederación Argentina y por otro lado el Estado de Buenos.

III. Etapa de constitucionalización 1854-1875

El 11 de abril de 1854 el Estado de Buenos Aires sancionó su primera constitución provincial, donde el Poder Judicial tenía su propia sección que era la Sexta, en la cual se regulaba entre los artículos 118 a 129 el funcionamiento del mismo.

Establecía su independencia de cualquier otro poder (art. 118); seríadesempeñado por los tribunales y juzgados que la ley designe, siendo sus miembros inamovibles sin causa o sentencia legal (art. 119); para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia, se requería estar en ejercicio de la ciudadanía, ser mayor detreinta años, con seis al menos de ejercicio en la profesión, en cambio para los llamados juzgados inferiores, bastarán dos años de profesión y veintey cinco de edad, con la misma calidad de ciudadano (art. 120).

El nombramiento de los jueces del llamado Tribunal Superior de Justicia, era por designación del gobernador a propuesta en terna del Senado, en cambio la de los juzgados inferioresera a propuesta en terna del tribunal superior (art. 121); en ambos casos gozaban de una compensación económica.

La Constitución fijaba la forma de fundar las sentencias, estableciendo un orden basado en el texto expreso de la ley, o

⁹ El 3 de febrero de 1852, batalla de Caseros entre las tropas de Juan Manuel de Rosas y Justo José de Urquiza, siendo este último el triunfador

¹⁰ 1801-1870, militar y político argentino, gobernador de la provincia de Entre Ríos entre 1842 a 1852; 1860 a 1864 y 1868 a 1870, Presidente de la Confederación Argentina entre 1854 a 1860.

en los principios o doctrinas de la materia (art. 124); El Tribunal Superior de Justicia tenía las facultades de superintendencia (art. 125). Además, la Carta Magna Provincial, autorizaba a cualquiera del pueblo a acusar a los miembros del poder judicial, por los delitos de cohecho, prevaricato, procedimientos injustos contra la libertad de las personas, contra la propiedad y seguridad de domicilio (art. 128). Determinaba una jurisdicción especial para las llamadas causas contenciosas en materia de hacienda, y las que nacen de contratos entre particulares y el gobierno, las atribuciones y formas de ese tribunal serían establecidas por ley (art. 129).

La unión de Buenos Aires a la Confederación Argentina por el Pacto del 11 de noviembre de 1859, conocido como San José de Flores, llevara a una reforma del texto constitucional de 1854, que se producirá en 1873, mediante **ley 634**¹¹ de la Legislatura Provincial.

En principio, la **Constitución Provincial de 1873**, cambia la denominación de la Corte Provincial, se reemplaza la de Tribunal Superior de Justicia por el actual de Suprema Corte de Justicia.

El Poder Judicial se encontraría ahora en la Sección Quinta a partir de los artículos 155 al 198, dividida en tres capítulos.

El **Capítulo I**, establecía el nuevo nombre de la Corte y por debajo de ella se encontraban, las Cámaras de Apelación y demás Tribunales, jueces y jurados.

Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia Provincial eran reguladas en el artículo 156, podemos distinguir las siguientes:

1°. Ejercía la jurisdicción originaria y de apelación, para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos sobre materia regida por la Constitución, y que fuera cuestionada por el propio interesado.

¹¹ Sancionada y promulgada el 23 de febrero de 1870.

2°. La Corte conocía y resolvía originaria y exclusivamente en causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y las suscitadas entre los tribunales por su jurisdicción.

3°. Se le otorgaba la jurisdicción en las causas contencioso-administrativas, en única instancia, previa negativa de la administración, una ley determinaría los plazos dentro del cual se deduciría la acción y los procedimientos.

4°. Conocía en consulta o en grado de apelación, sobre las causas en que se imponga la pena capital o de muerte, para decidir, si la ley en que se funda la sentencia es o no aplicable al caso, requiriendo unanimidad para declarar-la aplicable o no.

5°. Conoce y resuelve en grado de apelación de la aplicabilidad de la ley, en que los tribunales de justicia, en última instancia, fundan su sentencia.

La Presidencia de la Corte era en forma anual, comenzaba con el miembro de mayor edad, podía establecer su propio reglamento (arts. 157 y 158). Tenía la obligatoriedad de informar anualmente una memoria al Poder Legislativo, sobre el estado de la administración de justicia

En cuanto a las Cámaras de Apelación, Tribunales o Jueces de primera instancia civil y comercial, encargaba a la Legislatura determine los límites de su jurisdicción y las materias de acuerdo al fuero (art. 160), se autorizaba a instrumentar el juicio por jurado, pudiendo asimismo a la Legislatura a limitarlo en caso de que no sea viable.

La obligatoriedad de fundar los votos en las sentencias, comenzando por el juez que fuera insaculado¹², la publicidad de los procedimientos, el establecimiento de un libro de sentencias, la libre defensa y representación ante los tribunales, eran objetivos que plasmaba el nuevo texto constitucional.

¹² Poner en un saco, urna u otro recipiente papeletas o bolas con números o con nombres de personas o cosas, para ser sorteados, insacular es sortear.

En cuanto a la Justicia Penal o llamada en lo criminal, se establecía el método de jurados, un jurado para aceptar o no la acusación y el segundo jurado para determinar si es culpable o inocente el acusado (art. 174).

Las sentencias debían ser fundadas en el texto expreso de la ley, y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso (art. 176).

La Justicia de Paz que venía desarrollándose en la Provincia desde su nacimiento como tal, era establecida en todo su territorio, a cargo de ciudadanos mayores de 25 años, contribuyentes, con dos años de residencia en el distrito a ser designados y que sepan leer y escribir, siendo legos (art. 179). Eran elegidos por los electores. Entendían en un procedimiento que era verbal y actuado, las causas eran las denominadas de menor cuantía y el cargo lo ejercía alguien respetado de la comunidad que pudiera actuar como un mediador, para componer las cosas o esclarecer los hechos sucedidos.

Un cambio trascendental en 1873, fue que los jueces de paz, pasaron a ser funcionarios judiciales, dejando de ser simple funcionarios municipales, y estos jueces eran elegidos por electores calificados, con el intento de crear jueces elegidos por el pueblo, este llevaría a un límite al propio Poder Ejecutivo Provincial, quien hasta ese momento nombraba a los jueces de paz, el ser elegidos evitaría que estos jueces estuvieran influenciados por la política dando un servicio de justicia imparcial.

En el capítulo II, quedaba regulada la elección, duración y responsabilidad de los miembros del Poder Judicial. Los jueces que eran letrados los elegía el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y duraban en su cargo mientras dure su buena conducta (arts. 184 y 185).

Entre los requisitos (art. 186) para ser designado Juez de la Suprema Corte de Justicia se requería ciudadanía en ejercicio, título o diploma de abogado, treinta años de edad y menos de

setenta y seis años en el ejercicio en la profesión de abogado, en cambio para las cámaras de apelación bastarán cuatro años. En el caso de los jueces de primera instancia, se exigía veinticinco años de edad (art. 187).

El artículo 190 reglaba el jury de enjuiciamiento que sería integrado por siete diputados y cinco senadores profesores de derecho, a falta de estos los letrados que tengan las condiciones para ser electos senadores. El juez acusado quedaba suspendido en el cargo desde que el jury admitía la acusación, el veredicto del jury era por culpable o no (arts. 191 y 192).

El capítulo III, nos habla de Tribunales Militares, recordemos que en ese momento la Provincia de Buenos Aires y las demás Provincias también contaban con milicias y/o guardias nacionales, comprendía tanto a las fueras de mar y tierra.

Dejaba librado a la Legislatura que determine los delitos o faltas a penar.

La constitución regulaba en sus declaraciones derechos y garantías, el juicio por jurado (art. 14), y el habeas corpus (art. 17).

La elección popular de los jueces de paz, nunca llego a materializarse, tanto la Legislatura como el Poder Ejecutivo, entraron en un verdadero conflicto de poderes, que fue sometido a consideración de la Suprema Corte Provincial, pero tanto las leyes posteriores que regularían al Poder Judicial y sus funcionarios como la reforma de 1889 del texto Constitucional Provincial, permitirán el nombramiento de estos jueces por el Poder Ejecutivo a propuesta de una terna elevada por el municipio respectivo.

IV. Organización actual del Poder Judicial 1875-1955

La Suprema Corte se instaló en 1875, sus primeros ministros fueron Manuel María Escalada¹³, Sixto Villegas¹⁴, Alejo Buenaventura

¹³ 1823-1896, abogado, político y juez de la Suprema Corte de Justicia en 1875 hasta 1884, previamente ocupó diversos cargos tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo.

¹⁴ 1831-1881, abogado y político argentino, fue nombrado juez de la SCBA en 1875.

González Garaño¹⁵, Sabiniano Kier¹⁶ y Andrés Somellera¹⁷, por Acordada 2/1875¹⁸ la Corte dictó su propio reglamento y se reservó dictar el de las Cámaras de Apelaciones.

Previamente en 1874, se había dictado la ley 888¹⁹, la cual autorizaba con carácter provisorio mientras no hubiera una ley orgánica del Poder Judicial, que el Ministerio Público Fiscal, sea desempeñado en el departamento de la Capital por un Procurador General de la Suprema Corte, con un fiscal de las cámaras de apelación, dos agentes fiscales en lo Civil y uno en lo Criminal. En los otros Departamentos habría un agente fiscal en lo Civil y Criminal para ambas instancias.

Seguidamente se dictó la ley 889²⁰ ordenando en su funcionamiento el Ministerio de Pobres y Menores –actuales defensorías–.

En lo que respecta a los Departamentos Judiciales, habían sido organizados primigeniamente por la ley 112²¹, estableciendo la división de la campaña en tres departamentos judiciales, del Norte, Centro y Sud. La ley 1319²² los reorganizaría en: de la Capital, con dos Cámaras de Apelación en lo civil y una para lo criminal y comercial; y en el interior, tres Cámaras de Apelación, ubicadas en los denominados Departamentos Judiciales del Sud, del Centro y del Norte, con jurisdicción civil, comercial y criminal, su sede será en las ciudades de Dolores, Mercedes y San Nicolás.

La ley 1431²³ estableció finalmente la primera ley Orgánica del Poder Judicial, la cual ratificaba a la Corte como tal y los

¹⁵ 1833-1890, abogado, político y juez de la Suprema Corte de Justicia entre 1875 a 1884.

¹⁶ 1832-1912, abogado, político, juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entre 1875 a 1885 y Procurador General de la Nación de Argentina.

¹⁷ 1809-1881, abogado, político y juez de la Suprema Corte de Justicia.

¹⁸ Acordada del 26 de enero de 1875.

¹⁹ Sancionada el 22 de junio y promulgada el 30 de junio de 1874.

²⁰ Sancionada el 22 de junio y promulgada el 30 de junio de 1874.

²¹ Sancionada el 20 de octubre y promulgada el 24 de octubre de 1856.

²² Sancionada el 30 de octubre y promulgada el 30 de noviembre de 1879.

²³ Sancionada el 25 de octubre y promulgada el 26 de octubre de 1881.

Departamentos Judiciales existentes, la Defensoría de Menores quedaba a cargo de un Defensor General de Menores de toda la Provincia.

En 1884, la Suprema Corte dicto la Acordada 159²⁴, por la cual se declaraba clausurados los Tribunales del Departamento Judicial de la Capital de la Provincia en la ciudad de Buenos Aires y suspendidos los términos judiciales hasta el 30 de abril de 1884. Se ordenaba el traslado a la Ciudad de La Plata donde sería su nueva y definitiva sede, a tal efecto se suspendían los términos procesales. La ciudad de La Plata, había sido fundada el 19 de noviembre de 1882, reemplazando a la ciudad de Buenos Aires como nueva capital provincial.

En 1886 la Suprema Corte ocupara el actual palacio ubicado en calle 13 entre 47 y 48 en la ciudad de La Plata.

La necesidad de contar con un archivo de causas, lleva a la Legislatura a pedido del Poder Judicial a sancionar la ley 1932²⁵, creando en un comienzo “Archivo General de los Tribunales del Departamento de la Capital”, contaría con la documentación de: los protocolos de todas las escribanías de registro existentes en el Departamento de la Capital, exceptuando los del último año, y con los expedientes archivados en las secretarías y demás oficinas de actuación de la Capital, entraría en funciones el 1 de junio de 1889.²⁶

En 1889 con la ley 1419²⁷ se estableció la necesidad de reforma de la Carta Magna Provincial pero las reformas no modificaron el régimen judicial.

²⁴ Acordada del 14 de abril de 1884.

²⁵ Sancionada el 14 de octubre y promulgada el 18 de octubre de 1887.

²⁶ NUÑEZ, Roberto Daniel (2018). “Los archivos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. De la visión civilista y patrimonial a la protección de los Derechos Humanos” en *Revista Hilos Documentales*, Año 1, Nro. 1, pp. 1-12. Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/HilosDocumentales/article/view/6031/5331>.

²⁷ Sancionada el 22 de agosto y promulgada el 24 de agosto de 1881.

Siguiendo un orden cronológico en el tiempo en 1902 se dicta ley 2795²⁸ que crea el Departamento Judicial de Costa Sur, con asiento en la ciudad de Bahía Blanca.

La ley 3617²⁹ establece un nuevo Departamento Judicial llamado Sudoeste con asiento en la ciudad de Azul. La ley 3880³⁰ creara en cada uno de los Departamento Judiciales el Archivo correspondiente.

En 1934 la ley 4209³¹ declaro la necesidad de reforma de la Constitución Provincial de 1889, y en cumplimiento del artículo 217 del texto constitucional llamo a votar por sí o no por la reforma declarada. Aprobada la necesidad de reforma se dictó la ley 4219³² convocando a la elección de convencionales constituyentes.

La nueva Constitución de 1934 regulo el Poder Judicial en su Sección Quinta, con un primer Capítulo que comenzaba por definir quien desempeñaba dicho poder, el cual quedaba a cargo de una Suprema Corte de Justicia, y por debajo de ella las Cámaras de Apelación, Jueces y demás Tribunales que la ley establezca (art. 148).

En el Capítulo II, establecía las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, ejerciendo la jurisdicción originaria y de apelación, conociendo y resolviendo la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos sobre materia regida por la Constitución y que sea controvertida por parte interesada.

Además, conocía originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los tribunales de justicia.

²⁸ Sancionada el 7 de mayo y promulgada el 21 de mayo de 1902.

²⁹ Sancionada el 27 de agosto y promulgada el 2 de septiembre de 1915.

³⁰ Sancionada el 26 de octubre y promulgada el 2 de noviembre de 1926.

³¹ Sancionada el 2 de febrero y promulgada el 5 de febrero de 1934.

³² Sancionada el 6 de julio y promulgada el 11 de julio de 1934.

Se le otorgaba la competencia en las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, competencia que se encontraba regulada por la ley 2961³³, llamada Código Varela.

En materia de recursos, conocía y resolvía en grado de apelación: a) en los Recursos de la Aplicabilidad de la Ley, en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia y b) Recursos de nulidad contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia.

La presidencia de la Corte se mantenía en formato anual (art. 150) y se ratificaban atribuciones de superintendencia que ya poseía.

En el Capítulo III autorizaba a la Legislatura a establecer Cámaras de Apelación y Tribunales o Juzgados de Primera Instancia en lo civil, comercial y penal, determinando los límites de su jurisdicción territorial y las materias de su competencia.

Las sentencias serían fundadas en el texto expreso de la ley, y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo presentes las circunstancias de la causa (art. 159).

El Capítulo IV regulaba sobre la Justicia de Paz, autorizando a la Legislatura a establecer dichos juzgados en la Provincia, y citaba otros de menor cuantía. Los jueces de Paz serían los ciudadanos mayores de veinticinco años, con residencia de dos años en el distrito a ser designados, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna por las municipalidades.

En el Capítulo V se regulaba la elección, duración y responsabilidad de los miembros del poder judicial, dejando a los funcionarios letrados y procurador a ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 165).

El Jury de enjuiciamiento (art. 172), quedaba compuesto por un jurado de once miembros, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados

³³ Sancionada el 14 de diciembre y promulgada el 22 de diciembre de 1905.

inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembros de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados, designados por sorteo en acto público. El Juez acusado quedaba suspendido en el ejercicio de su cargo desde el día en que el jurado admitía la acusación. El Jurado solo se limitaba a declararlo culpable o no, en caso de delito se remitía al juez competente.

El artículo 180 hablaba del Ministerio Público, desempeñado por el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia; los Fiscales de Cámaras, agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quedando las facultades de superintendencia a cargo del propio Procurador General.

La ley 5128³⁴ establece en el escalafón del personal del Poder Judicial la bonificación por antigüedad en el cargo, en escalas que iban de cinco años en adelante y diferenciando su valor en administrativos y personal de servicios.

En 1947 se crean los Tribunales de Trabajo por ley 5178³⁵, estableciendo además el procedimiento laboral.

V. Consolidación del sistema judicial 1955 a 1983

En 1955 se promulgo la ley 5827³⁶ llamada ley Orgánica del Poder Judicial, que establece siete Departamentos Judiciales, en las ciudades de Eva Perón –actual La Plata-Mercedes, San Nicolás, Dolores, Azul, Bahía Blanca y de Mar del Plata. Establece el número de miembros de la Corte en siete jueces, se determina el quórum para funcionar como tal, se detallan sus atribuciones específicamente (art. 31), al igual que las atribuciones de las Cámaras y su funcionamiento, dentro del Capítulo IV, los jueces de primera instancia quedaban normados en el Capítulo V; los Tribunales Laborales en el Capítulo VI; los denominados

³⁴ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 6 de marzo de 1947.

³⁵ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 18 de noviembre de 1947.

³⁶ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 13 de julio de 1955.

Tribunales de Menores en el Capítulo VII; los Jueces Forenses en el Capítulo VIII; los Jueces de Paz en el Capítulo IX; por último se reglamentaba las alcaldías en el Capítulo XI.

En el Título III, se establecían las atribuciones de los magistrados y funcionarios de la administración de justicia.

El Título IV, se regulaba el Ministerio Público, sus funciones (art. 76); los Fiscales de Cámara (art. 77); Agentes Fiscales (art. 78); Asesores de Incapaces (art. 79); Defensores de Pobres y Ausentes (art. 80); Agentes Fiscales de Paz (art. 88) y Defensores de Incapaces de Paz (art. 91).

En el Título V, se encontraban las reparticiones auxiliares de la administración de justicia, como Martilleros Públicos; Tasadores, Traductores, Intérpretes, Calígrafos y Peritos en General.

El Archivo de los Tribunales se encontraba en el Título VI. En el Capítulo II de dicho título, se instrumentaba lo relacionado con destrucción o reducción de expedientes, El Registro Público de Comercio era comprendido en el Capítulo III; la Oficina Pericial era establecida en el Capítulo IV, la ley terminaba con disposiciones transitorias, entre otras su entrada en vigencia el 1 de enero de 1956.

En 1958 por ley 5924³⁷ se creó el Departamento Judicial de Junín, asimismo en 1961 se amplían los Departamentos Judiciales mediante la ley 6615³⁸ a un total de nueve, denominados: Departamento de La Plata, Departamento de Mercedes, Departamento de San Nicolás, Departamento de Dolores, Departamento de Azul, Departamento de Bahía Blanca, Departamento de Mar del Plata, Departamento de Junín y Departamento de San Isidro.

La ley 7079³⁹ produjo una ampliación de los integrantes del máximo tribunal, pasaron de ser siete a nueve sus miembros.

³⁷ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 12 de noviembre de 1958.

³⁸ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 15 de noviembre de 1961.

³⁹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 28 de octubre de 1965.

En 1970 y esta vez por decreto ley 7602/1970⁴⁰ se amplían los Departamentos Judiciales a once en total, sumándose los Departamentos Judiciales de Trenque Lauquen y de Morón, por un nuevo decreto ley 7706/1971⁴¹ se adicionara otro Departamento que será el número doce, llamado Departamento Judicial de San Martín, no obstante en julio de 1971 se sumara el Departamento Judicial de Lomas de Zamora llegando a ser trece en total de acuerdo al decreto ley 7724/1971⁴². En 1978 se produjo una modificación a la Justicia de Paz lega, que paso a ser letrada por medio del decreto ley 9229/1978⁴³.

VI. Etapa democrática 1983 a hoy

La vuelta a la democracia en 1983 y el restablecimiento de la Legislatura, posibilitaría el dictado de la ley 10374⁴⁴ que estable un nuevo nomenclador de cargos, divididos en niveles, teniendo inicio la carrera judicial en el nivel 1, siendo el máximo el nivel 22 correspondiente a Juez de la Suprema Corte en ese momento, hoy con distintas modificaciones se ha ampliado al nivel 23 como máximo y niveles intermedios.

La ley 10470⁴⁵ aumento nuevamente los Departamentos Judiciales, de trece a diecisiete, siendo los creados Necochea, Pergamino, Quilmes, y Zárate-Campana. Por medio de la ley 10486⁴⁶ se produjo una modificación en el Ministerio Público, creando la figura del Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia.

⁴⁰ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 23 de abril de 1970.

⁴¹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 7 de Junio de 1971.

⁴² Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 21 de Julio de 1971.

⁴³ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 9 de enero de 1979.

⁴⁴ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 29 de enero de 1986.

⁴⁵ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 16 de enero de 1987.

⁴⁶ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 20 de abril de 1987.

En diciembre de 1988, la Suprema Corte dicto el llamado acuerdo 2300/88 que ha venido regulando hasta la fecha todo lo relativo al personal del Poder Judicial, denominado Estatuto del Agente Judicial, distinguiendo los agrupamientos 1) servicio; 2) obrero; 3) administrativo; 4) técnico y 5) profesional, estableciendo los requisitos de ingreso, promociones, cambios de agrupamientos y egreso del Poder Judicial, los derechos y obligaciones del personal, las retribuciones, subsidios, indemnizaciones, licencias, el régimen disciplinario.

De acuerdo a la ley 10812⁴⁷ se crea el Departamento Judicial de La Matanza, elevándose el número a dieciocho departamentos.

La ley 11453⁴⁸ creo los Tribunales de Familia de Instancia Única, además de producir una modificación al Código Procesal Civil y Comercial Provincial instaurando un nuevo proceso.

En 1993 la Legislatura sanciono la ley 11488⁴⁹ que declaro la necesidad de reforma de la Constitución Provincial, la reforma, introdujo un nuevo artículo que fue el 20 del texto actual, regulando el recurso de habeas corpus, la garantía de recurso o acción de amparo y la acción de habeas data.

El Poder Judicial, pasó a estar normado en la Sección VI de la Carta Magna Provincial, una primera reforma que se produjo dentro de él, es la competencia contenciosa administrativa, que era originaria que quedaba a su cargo, paso a descentralizarse en juzgados y cámaras en la materia a designar.

Se reformulo el anterior artículo 151 –del texto de 1934– que paso a ser el artículo 163, en el cual se introdujo la fuerza u obligatoriedad de las sentencias tanto de la Suprema Corte de Justicia como de los restantes tribunales, la posibilidad de disponer de la fuerza pública para lograr su cumplimiento, fijando para las causas contenciosas administrativas un plazo de sesenta días

⁴⁷ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 5 de octubre de 1989.

⁴⁸ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 29 de noviembre de 1993.

⁴⁹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 17 de enero de 1994.

para su cumplimiento, bajo responsabilidad de los empleados o funcionarios que retardaren la misma o se negaren a cumplirla.

El nuevo artículo 166, también fue adaptado a los nuevos tiempos con la creación de la Policía Judicial. Se contempló, además, la idea de una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales. La creación de un cuerpo de magistrados suplentes, el cual dispone la Suprema Corte de Justicia para cubrir vacantes transitorias.

Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados, y otras personas, en el ejercicio defunciones administrativas, paran a ser juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

El Capítulo IV, asignado a la Justicia de Paz, el artículo 172 establece la instalación de dichos juzgados en todos los distritos que no sean cabecera de Departamento Judicial. Igualmente, para las causas de menor cuantía y vecinales, el nuevo artículo 174, prevé que la ley establecerá, un procedimiento predominantemente oral, que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal, procurando la conciliación de las partes.

El Capítulo V, el artículo 175, en lo que respecta a la designación de los jueces, no modifica la forma en los jueces de la Suprema Corte, pero si los de instancias inferiores, que quedan a cargo del nuevo organismo que es el Concejo de la Magistratura Provincial, el cual, mediante concurso público de oposición y antecedentes, seleccionará una terna que elevará al Poder Ejecutivo y este requerirá el acuerdo del Senado

El Consejo de la Magistratura, fue establecido por la ley 11868⁵⁰, cuya sede es en la ciudad de La Plata, está compuesto

⁵⁰ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 3 de diciembre de 1996.

en forma equilibrada por representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. Cuenta con un mínimo de dieciocho miembros, duran en sus cargos cuatro años y se renuevan por mitades cada bienio.

El Consejo será presidido por el presidente de la Suprema Corte de Justicia y estará compuesto por dicho magistrado; un (1) juez de Cámara; un (1) juez de primera o única instancia y un (1) miembro del Ministerio Público; seis (6) representantes del Poder Legislativo; cuatro (4) representantes del Poder Ejecutivo y cuatro (4) representantes del Colegio de Abogados de la Provincia.

Sancionada la nueva Constitución Provincial, las normas que complementaron la ley orgánica, así como las modificaciones legales de carácter procesal fueron numerosas, algunas de ellas fueron, una reforma introducida mediante la ley 11982⁵¹ estableció el Tribunal de Casación Penal, integrado por diez miembros, divididos en una presidencia y tres salas de tres miembros cada una, con competencia en todo el territorio provincial.

En 1998 se crea el fuero contencioso administrativo por ley 12074⁵² derogándose el llamado código Varela de principios del siglo XX, la Legislatura dicto al efecto la ley 12008⁵³, por tal motivo, la Corte, de acuerdo a la reforma constitucional de 1994, dejó su competencia en esta materia. Por ley 13601⁵⁴ se crea el Departamento Judicial de Moreno-General Rodríguez, llegando a diecinueve los departamentos en toda la Provincia.

La ley 13634⁵⁵ crea en su título III, el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil y transforma los Tribunales de Familia

⁵¹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 31 de julio de 1997.

⁵² Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 26 de enero de 1998.

⁵³ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 3 de noviembre de 1997.

⁵⁴ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 29 de diciembre de 2006.

⁵⁵ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 2 de febrero de 2007.

en juzgados unipersonales. A su vez la ley 13662⁵⁶ estableció el número de miembros de la Suprema Corte en siete, estableciendo su disminución de nueve miembros a los establecidos por el transcurso del tiempo.

La ley 13837⁵⁷ creó el Cuerpo de Magistrados Suplentes, el cual dispone la Suprema Corte de Justicia, para cubrir vacantes transitorias, considerando a tales, la falta de cobertura temporaria del cargo de magistrado por renuncia, remoción, suspensión en los términos del artículo 183 de la Constitución Provincial, fallecimiento o licencia por un plazo de más de sesenta días corridos. La ley 13859⁵⁸ crea del Departamento Judicial de Merlo, llegando a veinte en todo el territorio provincial, aunque el mismo sigue subsumido dentro del Departamento Judicial de Morón. También por ley 14484⁵⁹ estableció el Departamento Judicial de Avellaneda-Lanús, entrando en funciones en octubre de 2020, llegando a los veintiún departamentos actuales.

En el año 2002, fue designada la primera mujer como integrante de la Suprema Corte de Justicia, la Dra. Hilda Kogan, quien ha presidido nuestro máximo tribunal en los periodos 2010-2011 y 2017-2018.

Los demás integrantes son el Dr. Eduardo Pettigiani, quien fue designado en 1996; el Dr. Luis Genoud, designado en el año 2002; el Dr. Daniel Soria, designado en el año 2002, el Dr. Eduardo de Lazzari, quien ingreso en el tribunal en el año 1997 y el Dr. Sergio Torres designado en el año 2019.

Actualmente por fallecimiento del Dr. Héctor Negri en enero de 2020 y el retiro del Dr. Eduardo De Lazzari en los primeros meses de 2021, se encuentran dos vacantes sin cubrir, el Dr. Negri, había sido designado en 1983, cuando retorno la democracia.

⁵⁶ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 26 de abril de 2007.

⁵⁷ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 18 de julio de 2008.

⁵⁸ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 9 de septiembre de 2008.

⁵⁹ Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el 25 de Febrero de 2013.

VII. Conclusión

En doscientos años la justicia bonaerense ha crecido de tres departamentos judiciales a diecinueve en pleno funcionamiento y dos con plazos para su establecimiento, una ley orgánica que ha cumplido 65 años, con intensas reformas para ser actualizada, reformas de carácter estructural que han dotados de juzgados de paz en todas las ciudades que no son cabecera de Departamento Judicial, de jueces de primeras instancias y diversidades de Cámara de Apelaciones en distintas materias, un Tribunal de Casación Penal, el Ministerio Público, encabezado por el Procurador General, dicho Ministerio, necesitaría una reforma legal, para separar al Ministerio Público de la Defensa del Ministerio Público Fiscal, entendiéndose que el funcionario que es jefe de los fiscales, no puede serlo de los defensores al mismo tiempo, hay un conflicto en los intereses que representa, sería como jugar solo al ajedrez solo y pensar los movimientos de ambos lados.

Al mismo tiempo se han dictado códigos procesales civiles, penales, contenciosos administrativos, laborales, de familia, tributarios, de fueros juveniles e infinidad de otras leyes que complementan el sistema judicial. Ha crecido junto con el sistema judicial la colegiación de abogados por medio de los Colegios Profesionales y una Federación Argentina de Colegios Abogados, con jurisdicción en todo el país, en la Provincia de Buenos Aires la ley 5177⁶⁰ regula la profesión de abogado, siendo este un auxiliar y/o colaborador de la justicia y a quien en el desempeño de su profesión es asimilado a los magistrados en cuanto atañe al respeto y consideración que debe guardársele (art. 56).

Se expresa constantemente que la Justicia tardía es la máxima injusticia, para romper esta frase tan cruel, debemos redoblar el esfuerzo, pero no solamente por parte del Poder Judicial, de los letrados o demás colaboradores e interlocutores

⁶⁰ Sancionada el 28 de octubre y promulgada el 6 de noviembre de 1947.

del sistema, sino también el compromiso del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en producir una estructura acorde a los nuevos tiempos.

Las estadísticas, nos muestran que por ejemplo elevar una causa a juicio oral y público en el sistema penal, después de producida la investigación penal preparatoria, no es menor a un plazo de dos años a contar desde el día que se pide su elevación, es decir, la audiencia que el pueblo espera, con el juez, el fiscal de juicio, los abogados defensores y el jurado, recién puede llevarse adelante dentro de dos años, llevándonos a la conclusión de la necesidad de más estructura judicial, más personal y diré que la creación y descentralización a través de más Departamento Judiciales, muchos esgrimirán la gastada frase “no hay presupuesto para eso” pues tendremos que buscarlo, porque es necesario para llevar Justicia a las personas que lo requieren y peticionan.

Más allá de estas reflexiones que como letrado y operador del sistema uno puede expresar, celebremos lo conseguido hasta hoy, no solo festejemos los doscientos años, sino que recordemos y conmemoremos a todas y todos los que han dado hasta su vida, por la mejora del sistema y seguir haciendo y llevando la justicia adelante.

La nulidad del crédito de Argentina con el Fondo Monetario Internacional

The nullity of Argentina's credit with the International Monetary Fund (IMF)

A nulidade do crédito da Argentina com o Fundo Monetário Internacional

La nullité du crédit de l'Argentine avec le Fonds monétaire international

阿根廷对国际货币基金组织的信贷无效

*Andrés Bernal*¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

*Augusto Martinelli*² y *Francisco Verbic*³

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 284-315

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e518>

Recibido: 15/05/2021

Aprobado: 06/06/2021

¹ Abogado (UBA). Especialista en causas de interés público estratégico y políticas de integración. Coordinador legal en Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas y Federación de Inquilinos Nacional. Email: ab.andresbernal@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0382-3056>)

² Abogado (UNLP). Especialista en procesos colectivos y causas de interés público. LL.M. en U.S. Legal Studies, Fordham University, Nueva York, 2020. Email: augustomartinelli@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7818-096X>).

³ Abogado (UNLP, 2001). LL.M. in International Legal Studies (NYU, 2011). Profesor Adjunto de Derecho Procesal II (UNLP). Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal (UNLP). Autor de <https://classactionsargentina.com/>. Publicaciones en <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>. Email: verbicfrancisco@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6319-5560>).

Resumen: El trabajo analiza las condiciones legales y de procedimiento en base a las cuales, en junio de 2018, la República Argentina contrajo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) un crédito stand-by por la suma de \$50.000.000.000, ampliado posteriormente por U\$S 7.100.000.000. También explica las acciones desarrolladas en términos de litigio estratégico para obtener información pública sobre el tema y sostiene, tal como se encuentra pedido judicialmente, que el crédito y su ampliación es nulo de nulidad manifiesta y absoluta. Esta nulidad deriva no solo por el hecho de que el crédito fue tomado por el Poder Ejecutivo sin intervención del Congreso, sino por haberse violado de manera manifiesta diversas leyes nacionales. En especial, requisitos esenciales establecidos por la Ley de Administración Financiera N° 24.156 (LAF) y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (LNPA).

Palabras clave: FMI y Argentina - Nulidad procedimiento administrativo de toma de deuda externa – Control judicial de políticas públicas – Acceso a información pública - Litigio estratégico – Procesos colectivos

Abstract: The paper analyzes the legal and procedural conditions on the basis of which, in June 2018, the Argentine Republic contracted with the International Monetary Fund (IMF) a credit stand-by for the sum of \$ 50,000,000,000, later extended by \$ 7,100,000,000. It also explains the actions developed in terms of strategic litigation to obtain public information on the issue, and maintains, as is judicially requested, that the credit and its extension are manifestly and absolutely null and void. This nullity derives not only from the fact that the credit was taken by the Executive Branch without the intervention of Congress, but also because it had violated various national laws. In particular, essential requisites established by the Financial Administration Law No. 24,156 (LAF) and the National Law of Administrative Proceedings No. 19,549 (LNPA).

Keywords: IMF and Argentina - Nullity of the administrative proceeding for taking external debt - Judicial control of public policies - Access to public information - Strategic litigation - Collective proceedings

Resumo: O trabalho analisa as condições jurídicas e procedimentais com base nas quais, em junho de 2018, a República Argentina contratou com o Fundo Monetário Internacional (FMI) um empréstimo stand-by no valor de \$ 50.000.000.000, posteriormente estendido por US \$ 7.100.000.000. Explica também as ações realizadas em matéria de litigio estratégico

para obter informação pública sobre a matéria e sustenta, conforme requerido judicialmente, que o empréstimo e sua prorrogação são nulos, manifestos e absolutos. Essa nulidade decorre não apenas do fato de o empréstimo ter sido contraído pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso, mas também por ter manifestamente violado diversas legislações nacionais. Em particular, os requisitos essenciais estabelecidos pela Lei de Administração Financeira nº 24.156 (LAF) e pela Lei Nacional de Procedimento Administrativo nº 19.549 (LNPA).

Palavras-chave: FMI e Argentina - Nulidade do procedimento administrativo de endividamento externo - Controle judicial de políticas públicas - Acesso à informação pública - Litígio estratégico - Processos coletivos.

Résumé: Cet article analyse les conditions juridiques et procédurales sur la base desquelles, en juin 2018, la République argentine a contracté avec le Fonds monétaire international (FMI) un prêt stand-by d'un montant de 50 000 000 000 \$, prolongé par la suite de 7 100 000 000 \$ US. Elle explique également les actions menées en matière de contentieux stratégique pour obtenir une information publique sur le sujet et maintient, comme cela est judiciairement requis, que le prêt et sa prolongation sont nuls, manifestes et absolus. Cette nullité découle non seulement du fait que l'emprunt a été contracté par le pouvoir exécutif sans l'intervention du Congrès, mais aussi parce qu'il a manifestement violé diverses lois nationales. En particulier, les exigences essentielles établies par la loi sur l'administration financière nº 24 156 (LAF) et la loi nationale sur la procédure administrative nº 19 549 (LNPA).

Mot-clés: FMI et Argentine - Nullité de la procédure administrative de prise en charge de la dette extérieure - Contrôle judiciaire des politiques publiques - Accès à l'information publique - Contentieux stratégique - Procédures collectives

摘要: 这项工作分析了法律和程序条件据此阿根廷共和国于2018年6月与国际货币基金组织签订了一笔总金额为500亿美元的备用贷款后来又增加了7,100,000,000美元。它还解释了在战略诉讼方面为获取有关该主题的公共信息而采取的行动并根据司法要求坚持认为贷款及其延期是无效的明显的和绝对的这种无效不仅源于行政部门在没有国会干预的情况下获得贷款的事实还因为它明显违反了各种国家法律特别是第24,156号财务管理法和第19,549号国家行政诉讼法规定的基本要求。

关键字: 国际货币基金组织和阿根廷, 承担外债的行政程序无效, 公共政策的司法控制, 公共信息的获取, 战略诉讼, 集体诉讼.

I. Introducción

En este trabajo analizaremos las condiciones legales y de procedimiento en base a las cuales, en junio de 2018, la República Argentina contrajo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) un crédito *stand-by* por la suma de \$50.000.000.000, ampliado posteriormente por U\$S 7.100.000.000.⁴

También explicaremos las acciones que hemos desarrollado en términos de litigio estratégico para obtener información pública sobre el tema, y sostendremos -tal como se encuentra pedido judicialmente- que el crédito y su ampliación es nulo de nulidad manifiesta y absoluta. Y no por haber sido tomado por el Poder Ejecutivo sin intervención del Congreso, sino por haber violado claras normas de nuestro ordenamiento jurídico. En especial, requisitos esenciales establecidos por la Ley de Administración Financiera N° 24.156 (LAF) y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (LNPA).

El objetivo que nos proponemos al presentar el tema en esta tribuna académica es invitar a la discusión a investigadoras, profesoras y abogadas vinculadas con el derecho constitucional, el derecho administrativo y los derechos humanos, así como también a quienes desarrollan su trabajo en otras disciplinas como la ciencia política, la economía y las relaciones internacionales. El tema es demasiado importante para dejarlo solo en manos de abogadas y abogados.

⁴ Desde la Coordinadora de Abogadxs de Interés Público (CAIP) hemos intervenido como abogados patrocinantes de distintas organizaciones de la sociedad civil en los trámites administrativos y causas judiciales a las que nos referiremos en este trabajo. Aclaremos esto para que se sepa desde donde hablamos, más allá de que la Constitución, las leyes y los documentos oficiales obtenidos en el marco de dichos procedimientos y procesos hablan por sí solos.

Todas las resoluciones y sentencias, escritos, reclamos, recursos y expedientes administrativos y judiciales a que nos referiremos en este trabajo -y en base a los cuales afirmamos que el crédito y su (no) procedimiento son nulos de nulidad absoluta y manifiesta- pueden consultarse en la base de datos alojada en fmiargentina.com.

II. Los pedidos de acceso a información pública

Desde la Coordinadora de Abogadxs de Interés Público (CAIP) que integramos, en el mes de junio de junio de 2018 iniciamos un trabajo conjunto con el Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas (MNER) y el Centro de Estudios Estratégicos para la Integración Financiera (CINFIN) con el objeto de obtener información pública sobre las condiciones en que se había contraído el crédito con el FMI por la suma de cincuenta mil millones de dólares (U\$S 50.000.000.000). Se trata del crédito más grande que dicho organismo internacional otorgó en su historia, el cual en el mes de octubre de 2018 se amplió por la suma de siete mil cien millones de dólares (U\$S 7.100.000.000).

Nuestra primera acción judicial recibió un rechazo *in limine*, confirmado por la Cámara, por no haber transitado previamente la vía administrativa.⁵ A pesar de ello, obtuvimos ahí la primera pieza de este rompecabezas.

Hasta la fecha de inicio de este primer amparo no había información alguna disponible sobre el tema. Sin embargo, al contestar el recurso extraordinario federal en esta causa, el Ministerio de Hacienda sostuvo que toda la información que solicitábamos estaba disponible en el sitio web oficial de la jurisdicción.⁶

⁵ “Murúa, Manuel Eduardo y otro c/ EN s/ Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 47456/2018), tramitado ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo N° 1 y luego ante la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero. La sentencia de primera instancia fue dictada el 06/07/2018 y la sentencia de Cámara el 04/10/2018.

⁶ “La información solicitada se encuentra disponible para su consulta en internet -en idioma inglés y en idioma español, conforme traducción pública y debidamente firmada (<https://>

Se trataba, por entonces, de la primera Carta de intención y sus dos Memorandos adjuntos. El de Políticas Económicas y Financieras, por un lado, y el de Entendimiento Técnico, por el otro (actualmente está publicada también la que corresponde a la ampliación del crédito realizada en octubre de 2018, con sus respectivos memorandos adjuntos).

Antes de dicho rechazo liminar, presentamos otro pedido de acceso a información pública. Esta vez en sede administrativa. Y en esta oportunidad, atento conocer el contenido de la Carta de Intención y sus Memorandos, se trató de un pedido mucho más detallado que el que contenía la demanda judicial del caso que, finalmente, fue rechazado.⁷

www.argentina.gob.ar/hacienda/finanzas/deudapublica/cartadeintencionmemorandum-depoliticaeconomicas) – y ha sido objeto de constante tratamiento incluso por los medios periodísticos que la actora menciona y ofrece como prueba”.

⁷ En este pedido administrativo requerimos lo siguiente: “(i) Texto completo del contrato firmado entre las partes, términos de referencia, todos sus anexos y cualquier otra documentación conexa o complementaria del empréstito “credit stand by” contraído con el FMI. (ii) Condiciones establecidas en el marco de dicho empréstito. Entre ellas, informe específicamente si se han suscripto cláusulas con prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros arbitrales, administrativos y/o judiciales para resolver controversias derivadas del empréstito. (iii) Informes, dictámenes y/o cualquier otro documento donde las reparticiones públicas con competencia en la materia se hayan expedido, con carácter previo a la toma del empréstito, sobre el impacto y distribución presupuestaria prevista para enfrentar las condiciones impuestas por el crédito en cuestión. (iv) Detalle de las características financieras del acuerdo. Entre ellas, como mínimo, las siguientes: montos acordados, modalidad y plazo de desembolso de fondos, costos financieros (tasas de interés, cargos y otras comisiones), aforos y toda otra característica financiera que pueda incidir en la carga de los compromisos a ser atendidos. (v) Expediente/s administrativo/s donde se desarrolló el procedimiento previo a la toma de decisión administrativa para contraer el empréstito en cuestión. Al respecto se solicita especialmente que informe número de expediente y entregue copia completa de su contenido (en especial, dictámenes, informes técnicos y documentos donde conste la intervención de los organismos de asesoramiento y control nacionales, así como todo acto administrativo dictado en el contexto del mismo). (vi) Respecto del documento fechado el 12/06/2018 que el Ministerio de Hacienda ha publicado en su página web, el cual correspondería a la carta de intención dirigida por Sturzenegger y Dujovne a la Sra. Lagarde y su anexo “Memorandum de Políticas Económicas y Financieras” (simples pdfs carentes de sellos oficiales, membrete, firmas auténticas o referencia a expediente alguno), solicito entregue copia de los documentos originales y de todos los informes o dictámenes técnicos que se produjeron con carácter previo a definir el contenido y alcances de dichos documentos”.

Frente a este pedido, el 28/12/2018 (día de los inocentes), el Ministerio de Hacienda nos respondió, fundamentalmente, lo siguiente: “La firma del acuerdo es una potestad del poder ejecutivo por lo que no requieren dictámenes previos ni aprobación del Congreso Nacional. La Ley de Administración Financiera 24.156, que aplica porque somos parte del FMI desde 1956, así lo indica” (énfasis agregado).

La referencia es al art. 60, último párrafo de la LAF, el cual establece: “Si las operaciones de crédito público de la administración nacional no estuvieran autorizadas en la ley de presupuesto general del año respectivo, requerirán de una ley que las autorice expresamente. Se exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas precedentemente en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte”.

Como la respuesta que recibimos era, además de errada, incompleta (porque no habíamos requerido solo los dictámenes previos), promovimos una nueva acción judicial por denegatoria tácita a informar (conforme lo autoriza el art. 13 de la Ley N° 27.257).⁸

En este segundo proceso de amparo, un día antes que venciera el plazo que el Estado Nacional tenía para contestar la demanda, el Ministerio de Hacienda nos informó extrajudicialmente que los expedientes que solicitábamos estaban a nuestra disposición.

Inmediatamente nos acercamos al Ministerio para retirarlos. Se trataba de los expedientes EX-2018-229772791-APN-DG-D#MHA y EX-2018-52368222-APN-DGD#MHA, en los cuales tramitaron tanto el crédito original como su ampliación.

⁸ “Codianni, Eduardo Julio c/ EN s/ Amparo Ley 16.986” (Expte. N° 7651/2019), de trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 19, y ante la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Desde octubre de 2019, en trámite ante la CSJN.

En el apartado siguiente explicaremos el contenido de tales expedientes. Ahora nos interesa señalar que, al otro día de entregarlos, el Ministerio contestó la demanda afirmando que la causa era abstracta ya que, a su modo de ver, nos había entregado toda la información pública que solicitábamos.

A pesar de ello, la comparación entre el pedido efectuado en sede administrativa y el contenido de dichos expedientes demostraba, nuevamente, que diversa información continuaba sin ser entregada.

El juez rechazó la demanda el 13/05/2019, considerando para ello que *“los dictámenes previos no existirían”* y que, por eso, no había existido denegatoria del Poder Ejecutivo a entregar lo que pedíamos. Recordemos que en sede administrativa se sostuvo -insólitamente- que tales dictámenes no eran necesarios para tomar la decisión de endeudar al país. En eso se apoyó el juez para fundar el rechazo.

El problema es que la sentencia omitió todo tipo de referencia al resto de la información solicitada y no entregada por el Ministerio de Hacienda (ni en sede administrativa, ni en sede judicial).

Puesto en términos sencillos, pedimos información sobre A, B, C y D, y la sentencia rechazó el pedido solo *“porque A no existiría”*.

Con motivo de nuestra apelación, el 12/09/2019 la Cámara revocó la decisión de primera instancia y ordenó al Ministerio de Hacienda de la Nación *“que informe respecto de la existencia o inexistencia de la información en cuestión y, en su caso, que proceda a su entrega”*.⁹

El expediente llegó a la CSJN por vía de recurso extraordinario federal y queja extraordinaria (por algunas causales que fueron rechazadas por la Cámara). La providencia *“de autos”*

⁹ Cabe destacar, por su claridad y solidez, el dictamen del Fiscal General de Cámara Dr. Rodrigo Cuesta, aconsejando revocar la sentencia de primera instancia y ordenar al Ministerio de Hacienda que informe y entregue copia, en soporte papel y digital, sobre el texto del acuerdo, las prórrogas de jurisdicción que se pactaron y los actos administrativos mediante los cuales se decidió tomar ambos créditos.

(para resolver) fue dictada el 11/11/2019. Al cierre de la edición de este trabajo, han transcurrido más de 18 meses sin una decisión del máximo tribunal de justicia sobre el tema.

¿Grave demora? Grave es poco. Piensen ustedes que se está renegociando con el FMI un acuerdo que no se conoce públicamente y respecto del cual el Estado Nacional está condenado a: (i) confirmar si existe; y (ii) en caso afirmativo, entregar su texto y toda la información vinculada que no se encuentra en los expedientes administrativos que analizaremos a continuación.

III. Los expedientes administrativos

Los expedientes administrativos aparecieron sorpresivamente, según vimos, el día antes de que el Estado Nacional contestara el segundo amparo por acceso a información pública. Hasta ese entonces se había negado su existencia, se habían ocultado. De tales expedientes surge que el crédito con el FMI se contrajo en las siguientes condiciones:

(i) Sin expediente. El Ministerio de Hacienda inició el expediente el 21/06/2018. Es decir, una semana después de que promovimos la demanda judicial del caso “Murúa” (rechazado *in limine*), y 9 días después de la fecha de firma de la Carta de Intención.

(ii) Sin dictamen jurídico previo a la firma de la Carta de Intención.

(iii) Sin el dictamen técnico previo que debió emitir el BCRA sobre cómo la deuda iba a impactar en la balanza de pagos (conforme lo exige con claridad el art. 61 de la Ley N° 24.156).¹⁰

(iv) En base a datos y proyecciones contenidos en los memorandos técnicos adjuntos a la carta de intención

¹⁰ “Artículo 61.- En los casos que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos”.

(Memorándum de Políticas Económicas y Financieras y Memorándum de Entendimiento Técnico) que no se fundan en estudio, informe, dictamen u opinión técnica alguna.

(v) Sin actos administrativos mediante los cuales se haya decidido tomar el crédito. No obra en los expedientes decreto presidencial alguno, resolución del Directorio del BCRA ni resolución del Ministerio de Hacienda.

Además, y esto no es menor, no obra en el expediente el texto definitivo del acuerdo en el marco del cual se otorgó el crédito, ni el acto formal de aprobación de la carta de intención por parte del FMI.

Recordemos que esta carta de intención dice expresamente que los memorandos adjuntos eran *“bitos que deben usarse para el diseño del acuerdo ‘stand by’”*.

IV. La nulidad del procedimiento y de las cartas de intención

Con independencia de lo que resulte en el caso de acceso a información pública que se encuentra pendiente ante la CSJN (*“Codianni”*), las condiciones legales y de procedimiento en que se contrajo el crédito con el FMI demuestran su nulidad. A nuestro modo de ver, una nulidad manifiesta y absoluta.

Con motivo de ello, patrocinando al MNER, el 03/12/2019 promovimos una demanda contra el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de la República Argentina.¹¹

Se trata de una acción declarativa de nulidad de las Cartas de Intención y sus memorandos adjuntos, suscriptas por el Estado argentino en fechas 12/06/2018 y 17/10/2018 (esta última, junto con sus modificaciones) y dirigidas al FMI para contraer con dicho organismo el crédito *stand-by* por la suma de U\$\$ 50.000.000.000 y luego ampliarlo por la suma de U\$\$ 7.100.000.000.

¹¹ *“Murua, Eduardo c/ EN – BCRA s/ Proceso de conocimiento” (Nº CAF 064538/2019)*, de trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 9.

En concreto, en este proceso pretendemos se declare la nulidad absoluta e insanable de dichos instrumentos y del irregular procedimiento administrativo desarrollado por las demandadas para formalizar la señalada toma de deuda pública externa.

Nuestra pretensión se fundó en la ausencia de competencia de los funcionarios que los suscribieron y en la evidente violación de diversos requisitos esenciales establecidos por la Ley de Administración Financiera N° 24.156 (LAF) y de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (LNPA).

Estos graves incumplimientos del marco normativo vigente configuran una violación manifiesta del principio de legalidad que gobierna toda actuación administrativa en un Estado de Derecho. Y las consecuencias de ello se encuentran establecidas con claridad en el art. 14 inc. b) de la LNPA y en el art. 66 de la LAF.

V. Los fundamentos de la pretensión de nulidad

En este apartado analizaremos los diversos vicios del procedimiento que derivaron en el endeudamiento, con su pertinente encuadre legal y constitucional.

V.1. Violación del art. 7 incs. b) y d) de la LNPA: Ausencia de antecedente de hecho e incumplimiento de los procedimientos previos esenciales y sustanciales previstos por el ordenamiento jurídico nacional

El expediente administrativo EX-2018-229772791-APN-DG-D#MHA fue iniciado por el Ministerio de Hacienda el 21/06/2018, conforme surge de la fecha y hora fijada en su carátula por el sistema informático de gestión documental del Estado.

Esto es, exactamente 7 días después del inicio de la demanda del caso “*Murúa*” para obtener información sobre el asunto, y 9 días después de la firma de la Carta de Intención para solicitar el crédito (fecha el 12/06/2018).

Por tal motivo, la Carta de Intención y sus memorandos adjuntos carecen de causa que los sustente. Y también carecen

del procedimiento que debió haberlos precedido para que la decisión de endeudar al país con el FMI fuera válida, legal, constitucional.¹²

La inexistencia de procedimiento es un vicio esencial e insanable que justifica por sí solo la nulidad de la Carta de Intención y de todo lo actuado en consecuencia.

No puede haber decisión legal de la administración sin un procedimiento que la preceda. Sin procedimiento previo, la decisión estatal es pura arbitrariedad.¹³

¹² Como explica Cassagne con toda claridad *“es necesario el debido procedimiento previo a la formación de la voluntad estatal, a los fines de garantizar o, por lo menos, incentivar esa conducta ajustada a derecho que, por cierto, deberá ser explicada a la ciudadanía por medio de la expresión clara de los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa a ese acto, permitiendo de este modo conocer la finalidad buscada”* (CASSAGNE, Juan Carlos, *“Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 250. HUTCHINSON, Tomás, *“Régimen de Procedimientos Administrativos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, 7ª ed. act., p. 89). En la misma línea, doctrina y jurisprudencia coinciden en la importancia del procedimiento previo como *“medio de juridizar la actividad de la Administración Pública”* COMADIRA, Julio R. *“El acto administrativo en la Ley Nacional de procedimientos Administrativos”*, Ed. LA LEY, 2007; CNCAFed, Sala II, 4/5/00, causa 460/00, *“American Airlines inc.”*, publicada en suplemento de Derecho administrativo de El Derecho del 29/9/00. En este sentido, Comadira afirma con acierto que *“Es conveniente no identificar este elemento con el ‘debido proceso adjetivo’, regulado por el art.1º, inc. f), LNPA, como reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el art. 18, CN. El concepto que corresponde afirmar respecto de la Administración en un Estado de Derecho es el ‘debido procedimiento previo a todo acto administrativo’, del cual el debido proceso adjetivo constituye sólo una manifestación especial. El particular, en efecto, no sólo se defiende frente al accionar de la Administración, pues colabora con ella en la gestión pública e intenta acceder en condiciones igualitarias a la distribución de los fondos públicos, mediante procedimientos garantizadores no sólo de su propio interés, sino también de la legalidad y eficacia del accionar administrativo”* (COMADIRA, Julio R. *“Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”*, Segunda edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Bs. As., 2003).

¹³ En este sentido, Cano ha señalado que *“El procedimiento administrativo constituye una técnica capital al servicio tanto del Estado de derecho como del Estado democrático. Sirve al primero, pues pocos instrumentos son tan eficaces en orden a garantizar la libertad de los ciudadanos y el respeto a la legalidad y coadyuva a la realización del segundo en la medida en que es útil para canalizar la participación ciudadana en el desempeño de las funciones y tareas administrativas”* (CANO, María Gisele *“La nulidad del acto administrativo por vulneración del debido proceso previo: los dictámenes”*, RDA 2018-117, 28/06/2018, 489. Cita Online:

Como veremos a continuación, además, de este defecto legal esencial se desprenden también diversos vicios específicos que corroboran la nulidad absoluta e insanable de dicha Carta y sus memorandos adjuntos.

V.2. Violación del art. 7 inc. d) de la LNPA: Ausencia de dictamen jurídico previo. Dictamen posterior dictado por un órgano incompetente, además de insuficiente en cuanto a su contenido para subsanar lo actuado

V.2.1. Ausencia de dictamen previo

El dictamen jurídico previo es un requisito esencial de las decisiones administrativas de acuerdo con lo dispuesto por el art. 7 inc. d) de la LNPA, el cual establece lo siguiente: “d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.¹⁴

AR/DOC/3054/2018. Si bien la autora se refiere al procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, su afirmación es plenamente aplicable al orden nacional).

¹⁴ Sobre la importancia de este requisito esencial, Comadira ha señalado que “*un criterio que elevara al dictamen del órgano permanente de asesoramiento jurídico a la condición de requisito esencial -tal como lo prevé la ley- no sólo se jerarquizaría la importancia de los asesores letrados del Estado, sino, además, se reforzaría, significativamente, la garantía ‘formal’ de legalidad de las decisiones administrativas. Garantía, por lo demás, que, a mi modo de ver, debería exigirse respecto no sólo de los actos eventualmente afectantes de derechos, sino también de aquellas decisiones que comprometeran la hacienda pública*” (COMADIRA, Julio R. “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo”, Thomson Reuters, cita Online: 0003/001180. En la misma línea, Muratorio afirma que “*la condición de ‘requisito esencial’ que el art. 7º, inc. d) de la LPA acuerda al dictamen jurídico del servicio de asesoramiento permanente del órgano administrativo en cuestión, con carácter previo a la emisión del acto administrativo que pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, significa que la ausencia de tal dictamen a ese momento producirá la invalidez de ese acto y su nulidad absoluta*” (MURATORIO, Jorge I. “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, Abeledo Perrot 0027/000057).

En este orden de ideas, es necesario recordar que el dictamen no sólo es un requisito formal que concurre a dotar de juridicidad al accionar administrativo, sino que además tiene por objeto proteger los derechos de los administrados: “El motivo por el cual la exigencia obligatoria de la existencia de un dictamen jurídico previo al dictado de un acto administrativo se elevó al rango de requisito esencial en la LPA, precisamente fue porque aquel acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, de modo que la finalidad del dictamen jurídico, además de juridizar la actividad de la Administración, es brindar protección a los derechos de los administrados en tanto se pretende dar una garantía del acierto y legitimidad de la decisión que posteriormente adopten las autoridades administrativas competentes” (énfasis agregado).¹⁵

Además, debemos considerar que la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido que el requisito del dictamen jurídico previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública, además de destacar que ese dictamen refuerza la garantía formal de legalidad de las decisiones de la Administración.¹⁶

¹⁵ MURATORIO, Jorge I. “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, Abeledo Perrot 0027/000057. Profundizando en esta línea, Cassagne (h) afirma “*el dictamen jurídico debiera ser obligatorio y previo a todo acto administrativo, con independencia de si llegare a afectar derechos e intereses de los particulares, en la medida que la función consultiva en derecho, como hemos dicho antes, no sólo importa una garantía frente al administrado, sino que representa una garantía y control de la legitimidad administrativa. La legalidad no debe respetarse únicamente cuando se estimare que pudieren afectarse derechos de terceros, sino que debe primar en toda conducta administrativa, de modo que el dictamen consultivo en derecho, que orienta esa conducta legal, resulta a nuestro criterio siempre obligatorio, como procedimiento implícito en el ordenamiento jurídico para aquellos actos administrativos que, incluso, prima facie, no llegaren a afectar derechos subjetivos e interés legítimos de los administrados*” (CASSAGNE, Ezequiel “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, La Ley del 15/08/2012). También cabe destacar que “*tal obligatoriedad surge de las expresas disposiciones normativas sobre la legalidad del acto administrativo, principio que implica la adecuación del acto con preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, y la previsión de partidas presupuestarias cuando se vaya a disponer de fondos públicos*” (NALLAR, Daniel M. “Acto administrativo. Notas doctrinarias y jurisprudenciales”, RDA 2009-69, 641).

¹⁶ Emitido el 23/01/2001 y publicado en Dictámenes 236:91, punto II.6. El dictamen cita en este punto el trabajo de COMADIRA, Julio R. “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo”, JA 1996-IV:758.

A pesar de todo esto, el único dictamen jurídico obrante en el expediente fue emitido el 22/06/2018 (10 días después de la firma de la Carta de Intención), con firma conjunta del Director y la Coordinadora de la Dirección de Asuntos Contractuales, Legislativos y Tributarios del Ministerio de Hacienda.¹⁷

Intentado hacerse cargo del problema temporal (esto es, de por qué el dictamen no se emitió antes de la firma de la Carta de Intención), en este dictamen se sostuvo: “no se advierte que la ausencia de dictamen jurídico previo pueda acarrear con relación a dichas cartas las consecuencias que para los actos jurídicos prevé la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo” (se refiere implícitamente a su nulidad absoluta e insanable, por supuesto). Además, se agrega que “con relación a ellos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha reiterado que no procede la nulidad del acto si esa omisión es subsanada posteriormente y, en tal sentido, los dictámenes posteriores purgan el vicio (v. dictámenes 241:4 y 45, 242:253 y 243:288, entre otros)”.

Los argumentos invocados para sostener la posibilidad de subsanación remiten a diversos precedentes administrativos (otros dictámenes de la PTN). En todos ellos se dice que la ausencia de dictamen previo es subsanable “obviamente, si la cuestión resuelta estuviere arreglada a derecho y, por lo tanto, la omisión formal resulta salvable (Fallos 301:955)”.¹⁸

La cuestión sobre la cual se expidieron dichos dictámenes de la PTN, además, no tenía nada que ver con situaciones como la que estamos analizando. En efecto, la situación sobre la cual se expidieron los dictámenes invocados como precedentes administrativos era si podía convalidarse la designación de abogados ya contratados por el Ministerio y otorgarse personería para que ejerzan su representación en procesos judiciales.

¹⁷ Individualizado como IF-2018-30023715-APN-DACLTY#MHA, obrante en el expediente EX-2018-229772791-APN-DGD#MHA.

¹⁸ Dictámenes 241:4.

Se trata de hechos que, por supuesto, en nada se asemejan a la toma de deuda de U\$S 50.000.000.000 con un organismo de crédito internacional.¹⁹

Esta diferencia entre las situaciones de hecho y de derecho analizadas en los precedentes administrativos invocados (contratación de abogados) y la situación que debía atenderse (el endeudamiento externo más grande de la historia de Argentina y del propio FMI), torna evidente la imposibilidad de trasladar y aplicar el criterio establecido en tales oportunidades.

Por otra parte, recordemos que los 4 dictámenes invocados son claros al señalar que la doctrina de la PTN en cuanto a posibilidad de subsanación posterior solo aplica cuando lo que se somete a su control cumple con la normativa vigente.

Puntualmente, según la PTN, la posibilidad de subsanar el incumplimiento de este requisito solo aplica: “obviamente, si la cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho y, por lo tanto, la omisión formal resulta salvable (v. Fallos 301:955)”.

Por tanto, aun de considerarse trasladable el criterio jurídico de subsanación establecido en los precedentes administrativos citados, dicho criterio no podría aplicarse a la situación del crédito con el FMI ya que “la cuestión” (la firma de la Carta de Intención y sus memorandos adjuntos) no estuvo “arreglada a derecho”. Al firmar la primera Carta de Intención del modo en que se lo hizo fueron violadas de manera manifiesta todas las normas jurídicas que determinaban el procedimiento a seguir para tomar semejante decisión.

V.2.2. Dictamen posterior emitido por área incompetente

Además de la cuestión temporal que, según vimos, es determinante por sí sola de la invalidez de todo lo actuado, el

¹⁹ (i) Dictámenes 241:45, emitido el 10/04/2002 en el Expte. N° 1491/00 “COMITÉ FEDERAL DE RADIODIFUSIÓN” (abogados contratados sin dictamen previo); (ii) Dictámenes 242:253, emitido el 21/08/2002 en el Expte. N° 134.410/02 “c/ Anexo 1 y cuatro sobres s/ Acumular Ex MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS” (abogados contratados sin dictamen previo); y (iii) Dictámenes 243:288, emitido el 05/11/2002 en el Expte. N° 01-0013904702 “MINISTERIO DE ECONOMÍA” (abogados contratados sin dictamen previo).

dictamen posterior fue realizado por funcionarios que carecían de competencia para ello.

En efecto, era la PTN quien debía emitir este dictamen jurídico por intermedio de su Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales, y no los servicios jurídicos del propio Ministerio de Hacienda.

Hay dos razones para sostener esto.

La primera es que dicha competencia surgía con claridad de las misiones y funciones asignadas a la PTN por el Decreto Nº 1486/2011 que aprobó la estructura organizativa de primer nivel operativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.²⁰

La segunda razón se encuentra en que este dictamen jurídico previo en el marco de un procedimiento de endeudamiento externo es un dictamen de control que, en cuanto tal, no puede ser emitido por dependientes del funcionario cuya decisión hay que controlar.

Si consideramos este carácter de control y atendemos a las misiones y funciones asignadas a la PTN, es evidente que el dictamen jurídico relativo al endeudamiento externo debía ser emitido por dicha repartición pública y no por el área de legales del Ministerio de Hacienda.

Cualquier interpretación distinta llevaría a vaciar de contenido las competencias de la PTN, además de impedir el necesario y adecuado control jurídico previo, externo y ajeno al Ministerio (porque así lo determinan las competencias asignadas a la PTN) a la toma de decisiones sobre cuestiones de deuda externa.

²⁰ Esta norma determina expresamente entre las responsabilidades primarias de dicha Dirección Nacional: *“Elaborar dictámenes sobre asuntos de Derecho Internacional Público y Privado y opiniones legales que deban emitirse en las operaciones de crédito público externo”*. Además, señala entre sus acciones específicas: *“3. Elaborar las opiniones legales que sean requeridas en operaciones de crédito público con organismos multilaterales de crédito, en la emisión de títulos públicos y de garantías emitidas por la República Argentina en operaciones de crédito público provinciales o de otros entes públicos”* (énfasis agregado).

V.2.3. Dictamen jurídico insuficiente en cuanto a su contenido

En un tercer orden de ideas (además de la cuestión temporal y de la competencia de quienes emitieron el dictamen), aunque sea a modo eventual es necesario destacar que la intervención jurídica asumida en el expediente por el área de legales del Ministerio de Hacienda es abiertamente insuficiente en cuanto a su contenido.

Recordemos que la PTN ha sostenido que el dictamen jurídico previo “no puede constituir una mera relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas sino el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas jurídicas vigentes y de los principios generales que las informan...”.²¹

Si analizamos el dictamen emitido con posterioridad a la Carta de Intención, podemos ver que, inmediatamente después de reconocer su carácter extemporáneo, se invoca un precedente administrativo (Dictámenes 195:164) para sostener que “la consecuencia y oportunidad de aprobar o no la carta de intención suscripta, por tratarse de una evaluación de carácter político, escapa a la competencia jurídica de este organismo asesor”.

Esta idea de falta de competencia para expedirse sobre la decisión de tomar el crédito en sí misma y sobre las cuestiones técnicas (no jurídicas) allí contenidas, se reitera y explica a continuación con otras citas de precedentes administrativos.

Más allá de eso, con lo cual podemos llegar a estar de acuerdo (no es nuestro objetivo en este trabajo ni en sede judicial analizar decisiones políticas, sino los procedimientos legales seguidos para la toma de esas decisiones), lo relevante es que había diversas cuestiones estrictamente jurídicas para las cuales los servicios jurídicos sí, definitivamente, tenían competencia para expedirse.

²¹ Dictámenes 141:202 y 236:91 entre otros.

Entre ellas se destacan, principalmente, el cumplimiento de un procedimiento regular previo a tomar la decisión (además de recomendar que haya una decisión...) y el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 61 de la LAF (dictamen sobre impacto en balanza de pagos, cuanto menos su existencia). Sin embargo, el dictamen nada dice sobre estas dos cuestiones, netamente jurídicas y totalmente alejadas de una cuestión política.

En definitiva: aun si se considerase que fue emitido por funcionarios competentes, y aun si se considerase que es válido como elementos del acto administrativo a pesar de emitirse con posterioridad a su dictado, el dictamen jurídico obrante en el expediente tampoco es apto para subsanar lo actuado porque, de acuerdo con lo que surge de su lectura, se limitó a expedirse exclusivamente sobre la competencia del Ministro de Hacienda para suscribir la Carta de Intención.

El dictamen no analizó absolutamente nada respecto del resto de los requisitos de procedimiento y decisión administrativa contemplados en el art. 61 de la LAF y en los distintos incisos del art. 7 de la LNPA, los cuales se encuentran abiertamente incumplidos: procedimiento, causa, dictámenes técnicos y motivación adecuada y razonable.

Todas estas cuestiones son, evidentemente, de índole jurídica. Por tanto, debieron haber sido analizadas en el dictamen jurídico. Sin embargo, ello no ocurrió. Ni antes de firmar la Carta de Intención, como exige la LNPA, ni después.

V.3. Violación del art. 99 inc. 11° de la CN: Ausencia de competencia en los funcionarios que firmaron la Carta de Intención

El dictamen legal que venimos analizando no solo fue extemporáneo, emitido por funcionarios incompetentes e insuficiente, sino que además fue equivocado. En concreto, dicho dictamen concluye señalando lo siguiente:

“Teniendo en cuenta el rol que al Ministerio de Hacienda le asigna el artículo V, Sección 1 del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, este servicio jurídico estima

que el titular de dicha cartera se encontraba, al momento de su suscripción, facultado para cursar al citado organismo misivas como las que firmara”.

Esto es un error grosero, ya que la decisión de endeudar al país con el FMI sólo podía ser tomada por el Presidente de la Nación (la cabeza del PEN), o bien por los funcionarios que el Presidente hubiese autorizado expresamente para eso.

En los expedientes administrativos no hay decisiones del Presidente que hayan autorizado o definido tomar la deuda en las condiciones en que se lo hizo por medio de la firma de las Cartas de Intención, así como tampoco (¡ni siquiera!) resoluciones del Directorio del BCRA o del Ministerio de Hacienda.

El crédito se tomó “a sola firma” del Presidente del BCRA y del Ministro de Hacienda.

El art. V, Sección 1 del Convenio Constitutivo del FMI, citado por el dictamen, establece que “Los países miembros mantendrán relaciones con el Fondo solo por conducto de su ministerio de Hacienda, banco central, fondo de estabilización u otros organismos fiscales semejantes, y el Fondo mantendrá relaciones únicamente con dichos organismos o por conducto de los mismos”.

Sin embargo, esto configura una vinculación operativa, de gestión. Más allá de lo que establece el Convenio Constitutivo del FMI sobre cómo se vinculan operativamente los Estados parte con dicho organismo, nuestros funcionarios deben respetar primero, y ante todo, la Constitución Nacional y las leyes internas que les asignan competencia.

En este sentido, cabe recordar que el art. 99 inc 11° de la CN establece que el Presidente “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

Por otra parte, las normas que regulan las estructuras orgánico-funcionales del Ministerio de Hacienda y del BCRA no atribuyen a ninguna de las dos reparticiones públicas competencias de decisión en este sentido.

Es evidente que, aun cuando la vinculación operativa con el FMI se produzca en el plano internacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y del BCRA, eso no puede significar, de ninguna manera, que las cabezas de ambas reparticiones tengan competencia para decidir -arbitrariamente y por sí solas- el contenido sustancial implicado en esa vinculación.

Resulta fundamental no confundir la competencia para “mantener relaciones con el FMI” (dimensión operativa) con la competencia para tomar decisiones sobre el contenido sustancial de dicha relación (dimensión constitucional/sustantiva).

De hecho, el último párrafo del art. 60 de la LAF -que ha sido invocado sistemáticamente por el Estado como justificación para no discutir el tema ante el Congreso de la Nación- delega facultades en el “Poder Ejecutivo Nacional”. No las delega en el Ministerio de Hacienda y tampoco en el BCRA.

Dicha norma dice lo siguiente: “Se exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas precedentemente en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte” (énfasis agregado).

En definitiva: si bien la vinculación formal y operativa entre Argentina y el FMI se produce por ese canal institucional (el Ministerio de Hacienda, como dice el dictamen jurídico), la decisión de tomar la deuda no correspondía al Ministro de Hacienda ni al Presidente del BCRA, sino a la cabeza del PEN. Esto es, al por entonces Sr. Presidente de la Nación.

V.4. Violación de la Ley de Administración Financiera: Ausencia del dictamen técnico específico exigido por su art. 61

Un cuarto (y grave) vicio en la toma del crédito con el FMI deriva de la ausencia del dictamen técnico previo del BCRA para evaluar cómo el crédito que se pretendía tomar iba a impactar en la balanza de pagos.

Como si esto fuera poco, al responder un pedido de acceso a información pública el BCRA confesó que, en lugar de ese

dictamen, realizó una evaluación conjunta del tema con el Ministerio de Hacienda (al cual debía controlar) y con el propio FMI (su acreedor externo).²²

Este dictamen técnico era otro requisito esencial para la toma de decisión administrativa en el marco del art. 7 inc. d) de la LNPA. Sucede que la Carta de Intención fue suscripta para tomar deuda pública externa, y este tipo particular de decisión administrativa tiene un procedimiento especial previsto en el art. 61 de la Ley N° 24.156.

Dicha norma exige lo siguiente: “En los casos que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos”.

Como indica la norma, se trata de:

(i) Un requisito esencial para la toma de este tipo de créditos (“*deberá*”).

(ii) Que debía cumplirse antes de la decisión administrativa (“*antes de formalizarse el acto respectivo*”).

²² Esto surge de la Nota del BCRA NO-2019-00073357-GDBCRA-GPEJ#BCRA, del 08/04/2019: “Las operaciones con el Fondo Monetario Internacional (FMI), a diferencia de otras operaciones de endeudamiento externo, son acordadas conjuntamente por el Ministerio de Hacienda de la Nación y el Banco Central de la República Argentina. Cabe remarcar que, previo a la firma de la operación en cuestión, esta Institución llevó a cabo conjuntamente con el Ministerio de Hacienda y el FMI, una evaluación comprensiva de su impacto macroeconómico, incluyendo un análisis de los sectores fiscal, externo y financiero”. El pedido de acceso a información pública que derivó en dicha Nota fue realizado por Eduardo Codianni el 14/03/2019 y tuvo por objeto obtener diversa información sobre los dictámenes exigidos por el art. 61 de la Ley N° 24.156. En concreto, mediante esa presentación se solicitó al BCRA “que entregue a esta parte en los términos y bajo apercibimiento de ley, tanto en formato digital como papel, la siguiente información pública: (i) Copia completa de los dictámenes y/o informes emitidos por el BCRA en el marco de lo dispuesto por el art. 61 de la Ley N° 24.156 con carácter previo a formalizar los actos administrativos correspondientes a ambos empréstitos “credit stand by” contraídos con el FMI en el año 2018; (ii) Número de los expedientes administrativos del BCRA donde se desarrollaron los procedimientos en el marco de los cuales fueron emitidas tales opiniones; (iii) Copia completa de tales expedientes”.

(iii) Que debía cumplirse con independencia de quienes intervinieran en la operación en cuestión (“*cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante*”).

Por cierto, también se trata de un requisito absolutamente lógico ya que está orientado a dos objetivos. Por un lado, controlar la actividad de la administración central desde un órgano autárquico e independiente como es el BCRA. Por otro lado, estudiar el asunto y establecer técnicamente la viabilidad del crédito en cuestión (en otras palabras, evaluar técnicamente “la sostenibilidad de la deuda”).

Puesto en términos simples y claros: en lugar de emitir el dictamen soberano y de control previo que exigía el art. 61 de la LAF para contraer deuda pública externa, el BCRA reconoció haber firmado directamente el propio pedido del crédito a través de la Carta de Intención y sus memorandos adjuntos. Una Carta de Intención que no fue precedida, de procedimiento alguno, según hemos visto, y memorandos adjuntos que no se apoyan ni fundan en estudio, informe técnico o dictamen alguno, según veremos a continuación.

Todo esto es aún más grave, ya que el BCRA también reconoció en su Nota haber realizado “una evaluación comprensiva de su impacto macroeconómico, incluyendo un análisis de los sectores fiscal, externo y financiero” en conjunto con, ni más ni menos, el Ministerio de Hacienda (a quien debía controlar) y el FMI (su acreedor externo).

Cabe señalar también que si el dictamen previo exigido por el art. 61 de la LAF resulta esencial para cualquier tipo de operación de deuda externa (porque así lo establece la ley), su emisión adquiere una relevancia todavía mayor en el marco de créditos a contraerse con el FMI. Ello así en la medida que la expresión técnica “balanza de pagos” o “balanzas de pagos” es mencionada en más de 15 oportunidades en el marco del Convenio Constitutivo del FMI.²³

²³ En este sentido, por ejemplo, entre las finalidades de ese organismo internacional se encuentran la de “*Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición*”

Este requisito esencial para la toma de decisión fue manifiestamente incumplido. Se trata de un hecho, además, reconocido expresamente por el BCRA. La Carta de Intención, por tanto,

temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional” y la de “acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros” (art. I “Fines”, incs. v y vi del Estatuto Constitutivo del FMI). También se refiere al tema al regular las “Obligaciones referentes a regímenes de cambio” en su art. IV. En este aspecto determina entre las “Obligaciones generales de los países miembro” la de evitar “manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste de la balanza de pagos u obtener ventajas competitivas desleales frente a otros países miembros...” (art. IV, Sección 1, inc. iii); y al regular las “Paridades” de cambio en la Sección 4 de ese mismo artículo. Igualmente, en el art. V “Operaciones y transacciones del Fondo” se establece lo siguiente: “Sección 3. Condiciones que regulan el uso de los recursos generales del Fondo. a) El Fondo adoptará normas acerca del uso de sus recursos generales, incluso sobre los acuerdos de derecho de giro (stand-by) u otros acuerdos semejantes, y podrá adoptar normas especiales referentes a problemas específicos de balanza de pagos que ayuden a los países miembros a resolverlos de modo compatible con las disposiciones de este Convenio y que establezcan garantías adecuadas para el uso temporal de los recursos generales del Fondo (...) b) Todo país miembro tendrá derecho a comprar al Fondo las monedas de otros países miembros, a cambio de una cantidad equivalente de su propia moneda, con sujeción a las condiciones siguientes: (...) ii) el país miembro declare que necesita realizar la compra debido a su posición de balanza de pagos o de reserva o a la evolución de sus reservas;”. Más específicamente todavía, el art. VIII “Obligaciones generales de los países miembros”, establece lo siguiente en su Sección 5 “Información que habrá de facilitarse”: “a) El Fondo podrá exigir a los países miembros que le faciliten cuanta información considere pertinente para sus operaciones, incluso, como mínimo necesario para el cumplimiento eficaz de sus funciones, datos de carácter nacional sobre los siguientes particulares: (...) vi) balanza de pagos internacionales, con inclusión de: 1) comercio de bienes y servicios, 2) transacciones en oro, 3) transacciones de capital conocidas y 4) otras partidas...”. Esta expresión también es utilizada al regular las restricciones cambiarias en la Sección 2 del art. XIV “Régimen Transitorio”, donde se refiere a ella para señalar que “los países deberán abolir las restricciones que mantengan con arreglo a esta Sección tan pronto como tengan la certeza de que, sin necesidad de ellas, pueden equilibrar su balanza de pagos en forma que no dificulte su acceso a los recursos generales del Fondo”. Por otra parte, se contempla la necesidad de lograr “equilibrio en la balanza de pagos” como una de las “consideraciones especiales” a tener en cuenta en el marco de la “Asignación y cancelación de derechos especiales de giro” (art. XVIII, Sección 1, inc. b). De la misma manera se lo contempla al regular las “Operaciones y transacciones en derechos especiales de giro” (art. XIX, Sección 3, inc. a), donde se determina que: “Se espera de los participantes que en las transacciones previstas en la Sección 2 a) de este Artículo, y salvo lo dispuesto en el apartado c) de esta Sección, utilicen sus derechos especiales de giro únicamente en caso de necesidad debido a su posición de balanza de pagos o de reserva o a la evolución de sus reservas y no con el solo objeto de variar la composición de estas”.

también es nula por violar los requisitos específicos establecidos por la ley para este tipo de decisión (contraer deuda externa).

Se trata de una nulidad que no solo responde a principios generales de procedimiento administrativo, sino también a lo establecido expresamente en el art. 66 de la LAF: “Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen” (énfasis agregado).

V.5. Violación del art. 7 inc. b) de la LNPA: Ausencia de causa válida que sostenga la decisión. Los memorandos adjuntos a la Carta de Intención carecen de fundamento o apoyo alguno

Los datos y proyecciones que contienen el Memorándum de Políticas Económicas y Financieras (MPEF) y el Memorándum de Entendimiento Técnico (MET), adjuntos a la Carta de Intención firmada el 12/06/2018, configuran simples manifestaciones unilaterales de los funcionarios firmantes que no se apoyan en base científica o técnica alguna, reflejando información de la cual es imposible conocer su fuente.

En efecto, una atenta lectura de estos memorandos arroja como resultado que las palabras “estudio”, “dictamen” y “opinión” no se mencionan ni una sola vez en todo su desarrollo. Esto implica que el Ministerio de Hacienda y el BCRA pidieron U\$S 50.000.000.000 al FMI en base a memorandos técnicos que carecen de fundamento verificable.

En el contexto de la situación que venimos explicando, este vicio se explica muy fácil: ¿en base a qué informes, dictámenes u opiniones técnicas iban a tomar la decisión si el expediente fue iniciado 9 días después de firmar la Carta de Intención y sus memorandos adjuntos?

Esto es de una gravedad inaudita, porque esa base técnica y científica (ausente por completo en nuestro caso) no es otra cosa que la causa de la decisión de endeudarse.

La LNPA establece en su art. 7 inc. b) que el elemento “causa” es un componente esencial del acto administrativo: “Son

requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: (...) b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”.²⁴

El art. 14 inc. b) de la LNPA, por su parte, sanciona con la nulidad absoluta e insanables aquellos actos administrativos que hubieran sido emitidos con *“falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados”*.

Los efectos de semejante improvisación surgieron a la vista de toda la sociedad a comienzos del año 2020: el crédito con el FMI se tornó inviable, y concurrió en gran medida a que la deuda pública externa argentina sea insostenible.

VI. La modulación de los efectos de la declaración de nulidad solicitada

Con los desarrollos realizados hasta acá y en base a lo que surge de documentos oficiales, entendemos haber demostrado sobradamente la nulidad de todo lo actuado para endeudar al país con el FMI en el 2018.

Sin embargo, más allá de esa manifiesta, absoluta e insanable nulidad, lo cierto es que el FMI efectuó desembolsos por la suma de aproximadamente U\$S 44.000.000.000 hasta el día de la fecha, y que esas sumas ya han sido asignadas y ejecutadas presupuestariamente por el Poder Ejecutivo. Además, como no es posible demandar al FMI ante tribunales argentinos, no habría forma de oponerle los efectos de una declaración de nulidad.

Todo esto implica una imposibilidad de volver las cosas a su estado anterior, tal como exigiría una declaración de nulidad “tradicional”.

²⁴ Al respecto, la PTN ha determinado que *“La causa que dé origen al acto administrativo debe ser cierta, efectiva, sincera y no implicar una forma disimulada o encubierta de obviar la garantía de estabilidad”*, así como también que *“Los hechos y las conductas que concurren para integrar y presupuestar la causa de los actos administrativos deben ser producto de la verificación cierta, exacta y correcta de su existencia. La causa del acto, en esta faz, debe responder a la verdad objetiva”* (Dictámenes 236:91).

En atención a ello y al carácter absolutamente excepcional del caso, en la pretensión de nulidad promovida por el MNER solicitamos expresamente al Poder Judicial que evalúe la posibilidad de modular los efectos de la sentencia. Concretamente, pedimos que se modulen los efectos patrimoniales inmediatos de esa declaración de nulidad.

En este sentido, consideramos que podrían acordarse a la declaración de nulidad efectos no retroactivos, siguiendo en este punto la doctrina establecida por la CSJN en un relevante precedente sobre efectos de la anulación de un acto administrativo de alcance general. Nos referimos a “Monges”,²⁵ donde la CSJN hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad del acto administrativo emitido por la UBA que había impuesto el CPI como curso obligatorio de ingreso a Medicina.

Con relación a lo que nos interesa aquí (los efectos de esa declaración de nulidad), en dicho precedente la mayoría del tribunal sostuvo lo siguiente:

“Que, sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado ‘Ciclo Básico Común’ de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el ‘Curso Preuniversitario de Ingreso’ creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno”.²⁶

²⁵ “Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires”, Fallos 319:3148.

²⁶ Considerando 34°. En la misma línea se pronunció el voto concurrente de Vázquez, considerando 18°.

Invocamos este caso como un ejemplo del poder de jueces y juezas para modular los efectos de una declaración de nulidad cuando la solución tradicional (establecida para casos tradicionales) podría generar perjuicios a terceros ajenos a la discusión.

Terceros que pudieron haber actuado con razonables dudas en nuestro caso ya que, más allá de lo grosero de las irregularidades cometidas para emitir la voluntad administrativa mediante las Cartas de Intención y sus memorandos adjuntos, lo cierto es que el crédito con el FMI se confirmó y se ejecutó casi en su totalidad.

Sin perjuicio de todo ello, y para terminar, debemos destacar que la pretensión de nulidad que se encuentra en trámite mantiene plena virtualidad y debe ser resuelta por el Poder Judicial para dejar establecidos los vicios constitucionales y procedimentales en que se incurrió para endeudar al país con el FMI.

Esto es determinante para dos cosas. Por un lado, evitar que algo similar vuelva a suceder en Argentina. Por otro lado, permitir, eventualmente, perseguir la responsabilidad patrimonial de los funcionarios involucrados en semejantes irregularidades, tanto por acción como por omisión.

VII. ¿Es posible comprometer de esta manera los intereses del Estado Nacional frente al FMI?

La pregunta es retórica, por supuesto. La pregunta que deberíamos responder es ésta: ¿Vivimos en un Estado de Derecho?

Solo si la respuesta es afirmativa, sigamos con estas dos: ¿Cómo toman las decisiones los funcionarios públicos en un Estado de Derecho? ¿Lo hacen de manera caprichosa y arbitraria, o sometidos a ciertas reglas de procedimiento y a determinados mecanismos de control preestablecidos?

La respuesta a ambos interrogantes es muy simple y clara: en un Estado de Derecho, los funcionarios de la administración pública ejercen su discreción política en el contexto de ciertas reglas. Esas reglas determinan los procedimientos y elementos

esenciales para la toma de decisiones públicas. O sea, establecen los requisitos necesarios para formar válidamente la voluntad estatal. Esas reglas son, además, una garantía para los ciudadanos y ciudadanas. Les protegen del abuso de poder y les permiten, de alguna manera, controlar cómo se ejerce ese poder que delegaron en sus representantes.

No hablamos de otra cosa que del principio de legalidad.

La íntima vinculación entre dichos procedimientos y elementos esenciales para la toma de decisiones administrativas, por un lado, y la vigencia del Estado de Derecho, por el otro, es evidente.

En este sentido la CSJN ha dicho que “La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político, pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras”.²⁷

Nuestra conclusión, en definitiva, es que el origen de la deuda con el FMI es inválido porque ciertos funcionarios contrajeron el crédito incumpliendo todas las reglas legales y de procedimiento a que nos referimos.

Puesto en términos más crudos: endeudaron al país, por la suma de dinero más grande de la historia del FMI, a sola firma.

La documentación -en tiempo real- de todo lo sucedido y el trabajo cuyo desarrollo hemos brevemente explicado en este artículo fueron determinantes para que el tema del origen del crédito (ya no solo la fuga de capitales) sea objeto de atención por la Comisión Bicameral Permanente de Seguimiento y Control de la Gestión de Contratación y de Pago de la Deuda

²⁷ Fallos 328:175.

Exterior de la Nación, desde donde se cursaron diversos pedidos de informes para profundizar la investigación.²⁸

Asimismo, la incidencia del trabajo realizado pudo verse en la apertura de sesiones legislativas del año 2021, donde el Presidente de la Nación anunció que el Estado Nacional iba a promover una denuncia penal contra los y las responsables de lo ocurrido, ya no solo por la fuga de capitales sino también por la ilegalidad del origen del crédito en cuestión. Esto se implementó, primero, a través de la Oficina Anticorrupción.²⁹ Y poco después, mediante el Decreto N° 239/2021.³⁰ Este acto administrativo contiene instrucciones dirigidas a la Procuración del Tesoro de la Nación para presentarse como querellante en esa causa penal y, además, para “iniciar las acciones conducentes al recupero de los eventuales daños y perjuicios emergentes de los hechos denunciados”.³¹

²⁸ Ver la presentación de la Senadora por Santa Fe María de los Ángeles Sacnun durante la reunión de la Comisión del 26/05/2020: <https://youtu.be/x23sewk7YaY>.

²⁹ Providencia PV-2021-22285749-APN-OA#PTE del 12/03/2021, dictada en el Expediente N° EX-2021-17738298- -APN-OA#PTE | SISA 18.222: “*Por tal razón, este informe constituirá además formal denuncia en los términos del art. 174 y siguientes del CPMP; la que se remitirá -por razones de economía procesal- al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5 en la causa nro. 3561/2019 “Macri, Mauricio y otros s/ defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública”, puesto que, según información pública, en dicha sede judicial tramita un sumario cuyo objeto reúne varias denuncias por hechos total o parcialmente coincidentes con los que aquí se denuncian*”.

³⁰ El Decreto N° 239/2021 (B.O. del 09/04/2021) instruyó “a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACION para que se constituya en parte querellante, en representación del ESTADO NACIONAL, en la causa N° 3561/2019 “Macri Mauricio y otros s/ defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública”, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de esta Capital Federal, y coadyuve en la promoción de la acción penal con el fin de determinar a las presuntas y los presuntos responsables de los delitos de acción pública que en ese proceso se investigan y que podrían haber damnificado al ESTADO NACIONAL” (art. 1). Asimismo, se la instruyó “a iniciar las acciones conducentes al recupero de los eventuales daños y perjuicios emergentes de los hechos denunciados, facultándola a tal efecto a promover, en su caso, la respectiva acción civil en el proceso penal” (art. 2).

³¹ Sobre la responsabilidad patrimonial de las funcionarias y funcionarios involucrados en la manobra, el 12/09/2019 publicamos una nota en *Ámbito Financiero* titulada “*Para endeudar al país con el FMI se violaron normas que debieron respetarse*” (disponible en <https://www.ambito.com>).

Tanto la intervención de la Oficina Anticorrupción como el Decreto N° 239/2021 se apoyan en el informe del BCRA sobre fuga de capitales que presentamos oportunamente en la ampliación de demanda de la causa por nulidad, y en otro informe de la Sindicatura General de la Nación que replica -prácticamente al pie de la letra- nuestros hallazgos y los planteos que hemos realizados a lo largo de estos casi 3 años de trabajo con el tema.³²

También queremos hacer mención al trabajo publicado por Juan Bautista Justo en la edición especial que recientemente esta ReDeA dedicó al FMI.³³ Allí el autor realizó un estudio

ambito.com/opiniones/fmi/para-endeudar-al-pais-el-se-violaron-normas-que-debieron-respetarse-n5054170), donde señalamos lo siguiente: *“En otro orden, en el fuero contencioso administrativo federal del Poder Judicial deberán también determinarse las responsabilidades patrimoniales de los funcionarios intervinientes. Olmos Gaona no hace referencia a esta cuestión. Esta responsabilidad patrimonial tiene dos fuentes muy claras según nuestro modo de ver. La primera de ellas se encuentra en los principios generales del derecho administrativo, que determinan la responsabilidad personal de los funcionarios actuantes cuando realizan o autorizan operaciones sin cumplir con los procedimientos reglados al efecto. Esto implica, puesto en términos muy generales, que cuando el funcionario no respeta los procedimientos actúa por cuenta propia, personal, al margen de la ley. Y en tal carácter debe responder. La segunda fuente está en un campo mucho más específico y blindado ante cualquier interpretación que pretenda desnaturalizarla: la propia Ley de Administración Financiera, cuyo art. 66 establece lo siguiente: “Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las normas dispuestas en la presente ley son nulas y sin efecto, sin perjuicio de la responsabilidad personal de quienes las realicen”.*

³² *“Que, en el referido informe, la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN concluyó respecto de la celebración del Acuerdo Stand-By suscripto entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL en 2018, que: (i) no se cumplieron los procedimientos esenciales establecidos por la normativa vigente en ese momento para la formalización de un Acuerdo Stand-By; (ii) los funcionarios actuantes suscribieron la Carta de Intención y los memorándums de fecha 12 de junio de 2018 sin contar con los dictámenes técnicos y jurídicos previos exigidos por la normativa vigente; (iii) la firma de los acuerdos no contó con las autorizaciones e informes exigidos por la normativa vigente para este tipo de operaciones de crédito público, ni con la autorización suficiente del Poder Ejecutivo; (iv) se asumieron compromisos con el organismo internacional sin solicitarse previamente la emisión del informe obligatorio establecido en el artículo 61 de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias para determinar el impacto de la operación en la balanza de pagos y la sustentabilidad del endeudamiento y (v) se detectaron posibles incumplimientos de los objetivos fijados en la Carta de Intención de fecha 12 de junio de 2018 en forma concomitante con su celebración, en lo referido al destino de los fondos desembolsados por el FMI”*

³³ Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 6/N° 18 Verano 2020-2021 (21 diciembre a 20 marzo), Edición Especial “Fondo Monetario Internacional y Derechos Humanos”.

profundo y analítico sobre las implicancias -en términos convencionales- que todas las ilegalidades que hemos detallado en este trabajo tienen para el Estado Argentino. Sus conclusiones son compartidas: “Esa sumatoria de violaciones a la Convención Americana determina el surgimiento de responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones bajo el tratado. El modo de reparar ese hecho ilícito internacional es la anulación del acuerdo con el organismo financiero y la recomposición de los derechos de los contratantes a partir del juzgamiento de la debida diligencia del FMI y la prohibición del enriquecimiento sin causa tanto del prestatario como del prestamista”.³⁴

Para terminar, señalamos que la pretensión de nulidad promovida por el MNER fue rechazada *in limine* en primera instancia por supuesta “ausencia de causa o controversia”, y que esa decisión fue confirmada (con otros argumentos) por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Al cierre de la edición de este trabajo, el Ministerio de Economía y el Banco Central de la República Argentina tienen que contestar el recurso extraordinario federal interpuesto por el MNER.

³⁴ Juan Bautista Justo “El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018. Control de Convencionalidad”, Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686 Año 6/ N° 18 Verano 2020-2021 (21 diciembre a 20 marzo), pp. 594-626, DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e492>. Como punto de partida de su análisis, Justo explica que “De acuerdo a lo que surge de constancias judiciales y administrativas, la decisión de contraer el préstamo fue adoptada por los precitados funcionarios argentinos sin ley especial habilitante, sin acto administrativo autorizador, sin expediente y sin recabar previamente los dictámenes jurídicos y técnicos exigidos por la legislación nacional. Esas omisiones determinaron que la operatoria presentara severas falencias en materia de competencia y procedimientos de formación de la voluntad estatal. En este trabajo se plantea que esa sumatoria de fallas en los procesos decisorios domésticos implicó una transgresión por parte del Estado a sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos –gobierno democrático, participación ciudadana y acceso a la información pública– y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, todo lo cual compromete la validez del acuerdo celebrado con el organismo financiero”.



TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: *Atravesar*



Los particulares frente a la inexistente equidad federal¹

Individuals facing the non-existent federal equity

Agustina Castro²

Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 319-337

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e519>

Recibido: 03/02/2021

Aprobado: 15/05/2021

I. Federalismo fiscal

La reforma constitucional de 1994 buscó, como uno de sus objetivos principales, el fortalecimiento del federalismo. Esto quedó evidenciado en una variedad de artículos que conforman el plexo constitucional reformado.

Siguiendo como referencia al artículo primero de la Constitución Nacional³ (CN) -que establece que la Nación Argentina acoge la forma federal de Estado como vínculo entre el poder y el territorio-, los arts. 123 y 129⁴ introducen dos nuevos actores

¹ Trabajo elaborado en el marco de la materia “Elementos de Derecho Constitucional”, cátedra del Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, a cargo del Dr. Mario F. Cámpora, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

² Estudiante de Abogacía, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

³ Art. 1, CN, (1994): “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

⁴ Art. 123, CN, (1994): “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

al sistema ya formado por las provincias y el Estado Nacional, estos son, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, en el art. 121⁵ reposa la regla fundacional del federalismo argentino, que dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado al Estado Nacional.

Además de lo mencionado y como tema central del trabajo, la reforma constitucional del 1994 instaura la necesidad –y la obligación legislativa– de establecer un sistema de coparticipación federal de impuestos en acuerdo entre la Nación y las provincias, es decir, un sistema de distribución automática de fondos públicos en función de diversas pautas objetivas constitucionales en virtud del art. 75 inc. 2 de la CN⁶. La norma constitucional dispone que, para la sanción de la ley convenio o de coparticipación federal, se deberán contemplar criterios objetivos de reparto; la ley deberá velar por la equidad, solidaridad y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades (Const., 1994, art. 75 inc. 2). En adición a las pautas que instaura el artículo mencionado y en relación al mismo, se podría introducir el art. 75 inc. 19⁷ en cuanto implanta el deber legislativo

Art. 129, CN, (1994): “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad...”.

⁵ Art. 121, CN, (1994): “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

⁶ Art. 75 inc. 2, CN, (1994): “... Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias...”.

⁷ Art. 75 inc. 19, CN, (1994): “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de

de promover el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social; y el art. 75 inc. 18⁸ que de manera similar, dispone que el Congreso además deberá gestionar su actividad de forma tal que conduzca a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias.

Siguiendo la imperiosa necesidad de establecer un sistema automático de remisión de fondos públicos, la disposición sexta de la CN⁹ establece un límite temporal para la sanción de la ley convenio que dispone el art. 75 inc. 2; este es, antes de la finalización del año 1996. La ley convenio al año 2020, sigue sin ser sancionada por no contar con los consensos políticos suficientes para “operativizar” la Constitución. Como consecuencia de esto, los ciudadanos, los gobiernos provinciales e incluso los municipales del país se ven afectados de innumerables maneras.

empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...”.

⁸ Art. 75 inc. 18, CN, (1994): “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

⁹ Disposición sexta, CN, (1994): “Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del Artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidas antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación...”.

En base a lo expuesto y en relación a las normas mencionadas, se está frente a una inconstitucionalidad por omisión¹⁰ en cuanto el Poder Legislativo Nacional no ha logrado el dictado de la ley de coparticipación exigida por el art. 75 inc. 2 y disposición sexta de la CN. Como efecto directo, no se cumplen los mandatos constitucionales relacionados a la equidad, solidaridad y desarrollo equivalente propio de un sistema federal. La ley convenio es, hasta el día de hoy, una promesa incumplida de la reforma constitucional de 1994.

A causa de la omisión legislativa en dictar la ley de coparticipación federal de impuestos que manda la CN, nos debemos referir a una ley anterior para discutir la distribución de recursos fiscales. La ley 23.548 sobre distribución de fondos—utilizada actualmente— fue sancionada y promulgada en 1988, es decir, previa a la reforma constitucional de 1994, por lo tanto, no es la ley a la que la CN reformada hace referencia.

El federalismo, como he aludido anteriormente, implica ideas de solidaridad y equidad, es decir, buscar la manera más adecuada de generar y perseguir objetivos de igualdad de oportunidades en todo el país. El mismo art. 75 inc. 2 hace mención a esto, y en este sentido, establece pautas objetivas de equidad siguiendo los principios del federalismo y el desarrollo equivalente. A pesar de esto, al observar la ley 23.548 y más específicamente su art. 4, se puede apreciar que se le atribuye, a cada provincia, porcentajes de aplicación para la remisión de fondos públicos. Como ejemplo, cito a la provincia de Buenos Aires, a la cual se le imputa un 19,93% de los fondos coparticipables. Esto acarrea diversos problemas. Existe una incompatibilidad entre los mandatos constitucionales -en cuanto a la equidad y solidaridad federal- y la ley 23.548 sobre distribución de recursos fiscales.

¹⁰ “Inconstitucionalidad por omisión” en los términos del art. 43 de la CN (1994), referido a la presentación de un recurso de amparo por omisión de autoridades públicas o particulares cuando se haya lesionado, restringido, alterado o amenazado un derecho reconocido en la CN, tratado internacional o una ley. En adición, BIDART CAMPOS, Germán, (2006). Capítulo XXVI “Amparo”, punto 20 en *Manual de la constitución reformada*, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires.

Como se advierte, la imposición de porcentajes a las provincias para la remisión de fondos, no cumple en absoluto con el esquema y mandato constitucional al no seguir criterios objetivos de reparto teniendo en vista, además, la idea de equidad federal. Esto significa que, en lugar de reparar en las condiciones de cada provincia y repartir los fondos en virtud de esto, la ley 23.548 únicamente establece porcentajes a las provincias que no son más que la fuerza de cada gobernador en asegurarse cierta cantidad de capital en 1988. No existe en esta norma de distribución de fondos públicos una objetivación de la equidad.

Esta forma de distribución de los fondos coparticipables no solo no persigue los mandatos constitucionales, sino que, además, son pasibles de devaluación a través del tiempo. No es difícil imaginar que con el transcurso del tiempo las provincias puedan mejorar su situación o, por el contrario, empeorarla y, por lo tanto, necesitar obtener aún más recursos fiscales para satisfacer sus necesidades y así cumplir con el federalismo como instrumento de solidaridad y equidad. Si los porcentajes previstos en la ley 23.548 se mantienen sin actualizar durante largos períodos, no solo no se cumple con los preceptos constitucionales sobre equidad y solidaridad, sino que no habilita el progreso provincial por un estancamiento producido por la misma ley.

En adición a lo desarrollado, al ser la ley 23.548 anterior a la reforma constitucional de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Tierra del Fuego no estaban constituidas aún como tal y la remisión de fondos en estos territorios actualmente se lleva a cabo no con fondos coparticipables, sino con fondos nacionales mediante decretos presidenciales en virtud del art. 8 de la misma ley. Como consecuencia de lo dicho, la idea de consenso -entre provincias y el Estado Nacional- prevista en la Constitución haciendo referencia a la ley convenio para la distribución de recursos, se ve ampliamente trasgredida. De esta forma, la atribución de fondos en los territorios mencionados,

muchas veces pueden ser materia de arbitrariedad o discrecionalidad ya que se le confiere un amplio margen de maniobra a la figura presidencial en estos territorios.

II. Doctrina jurisprudencial

Luego de la incorporación constitucional de la necesidad de un sistema automático de remisión de fondos, las provincias en sus constituciones replicaron ese sistema para crear la misma automaticidad en ámbito municipal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su fallo “Intendente de la Rioja”¹¹, dirime sobre los conflictos que trae aparejada la ausencia de ley de coparticipación de impuestos en la provincia de La Rioja. El demandante al interponer un recurso de amparo, alega que, a raíz de esto, los municipios riojanos se encuentran sujetos a la discrecionalidad del gobierno provincial a la hora de repartir los fondos afectando así, la autonomía municipal que impone la CN como regla del federalismo. La CSJN concluye en que existe una pauta irracional en la tardanza en dictar una ley de coparticipación provincial. Es irrazonable pensar que, en 16 años, la legislatura provincial no logró generar los consensos suficientes para sancionar la ley y, por lo tanto, “operativizar” la Constitución Nacional.

Siguiendo las ideas del caso anterior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo “Bazán”¹² al discutir sobre la autonomía jurisdiccional en CABA, evalúa el federalismo en la Argentina. Se encarga de analizar los perjuicios que ocasiona no respetar la idea del federalismo y los mandatos constitucionales. En su considerando décimo la Corte, haciendo referencia al fallo mencionado en el párrafo anterior, analiza también la irrazonabilidad en el tiempo transcurrido en el que el traspaso

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 337:1263, 2014, “Intendente municipal capital s/amparo”.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 342:509, 2019, “Bazán, Fernando s/amenazas”.

de justicia no se llevó a cabo en CABA, vulnerando así, el federalismo y la autonomía porteña. La Corte advierte en su fallo que las omisiones legislativas impactan directamente con las reglas básicas del federalismo en Argentina en tanto los constituyentes procuraron fortalecer el federalismo en la reforma de 1994.

Dada la gravedad que reviste la omisión legislativa en dictar la ley en cuestión (Const., 1994 art. 75 inc. 2) es de utilidad referirse al fallo “Badaro c/ ANSeS”¹³ para lograr comprender que el Poder Judicial, en ciertas ocasiones o casos en particular, se ha visto en la posición de exhortar a los demás poderes del Estado a cumplir con sus funciones y por ende, sus obligaciones. Si bien las cuestiones referidas a omisiones de autoridades públicas implican sostener el principio republicano en tanto los poderes del Estado no deben sobrepasar sus atribuciones, la CSJN en el fallo mencionado, analizando la movilidad de las pensiones (Const., 1994 art. 14 bis) y el deber legislativo en sancionar su reglamentación¹⁴, dictamina respecto a la importancia de la obligación del Congreso en ejecutar sus funciones y la gravedad de su omisión en realizarlas. Por esta razón, en su considerando 24^o¹⁵, la CSJN incita al Poder Legislativo a sancionar la reglamentación de la movilidad de pensiones, es decir, cumplir con su obligación constitucional. En conclusión, en las cuestiones relativas a omisiones legislativas, el Poder Judicial

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 330:4866, 2007, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”

¹⁴ Art. 75 inc. 32, CN, (1994): Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 330:4866, considerando 24º: “Que, en este entendimiento, esta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial (Fallos: 328:566 “Itzcovich”), por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática”.

debe mediar entre el principio republicano y la protección a los derechos fundamentales y así, con estas consideraciones, favorecer al otorgamiento de derechos y reclamar el cumplimiento de deberes a los poderes del Estado sin trasgredir los principios de gobierno.

Esto sirve para comprender que, si bien es cierto que el Poder Judicial dicta resoluciones particulares, es decir, no emite normativa general por ser esta atribución del Congreso Nacional, un caso individual puede extender sus efectos al resto de la población. De esta forma, por ejemplo, luego del pronunciamiento por parte de la CSJN en el caso “Intendente de la Rioja”, la ley de coparticipación provincial fue sancionada y los demás municipios se vieron favorecidos en cuanto se pudo distribuir los fondos públicos de acuerdo a la Constitución provincial dejando de lado las arbitrariedades y discrecionalidades por parte del gobierno. En otras palabras, los dictámenes de la CSJN tienen la fuerza suficiente para lograr que los demás poderes del Estado pongan en funcionamiento sus atribuciones impuestas por la CN y así favorecer no solo al demandante sino al resto del país.

A raíz de lo relatado, se revela la posibilidad de imaginar una forma en la que un particular pueda demandar una lesión concreta, resultante de la faltante ley de coparticipación federal que la CN impone sancionar, y así extender los efectos de la sentencia a todo el país, es decir, que la CSJN –preferentemente– incite al Poder Legislativo a cumplir con su deber instaurado en el art. 75 inc. 2.

III. El amparo como creación pretoriana y mecanismo para garantizar derechos constitucionales

La Constitución histórica, más allá de todos los aspectos negativos que se le pueden imputar, hay uno que sobresale de los demás. Esta es, la omisión, por parte de la constituyente, de establecer efectivamente un mecanismo o procedimiento de

garantía constitucional. La Constitución de 1853 no contiene en su plexo normativo ningún tipo de régimen que le permitiese a los ciudadanos garantizar, proteger o exigir sus derechos constitucionales. Ahora cabría preguntarse si es posible imaginar la existencia de derechos sustanciales -previos- sin considerar un mecanismo idóneo y, por lo tanto, efectivo para reclamarlos y hacerlos valer, en otras palabras, un derecho procesal constitucional. Antes de la reforma, ¿Cómo se exigían los derechos constitucionales si no existían las herramientas para protegerlos de violaciones por parte de otro sujeto?

Esta situación revela un problema concreto. Para que los derechos enunciados por la CN no se transformen en meras declaraciones, se necesitan otorgar garantías que los protejan, amparen y hagan valer ante actuales o posibles vulneraciones. En la medida en que el afectado no pueda iniciar una acción para proteger sus derechos constitucionales de otros sujetos que los vulneran, la CN pierde su sentido en cuanto otorgante de derechos fundamentales. Es irónico pensar que, la carta fundamental, el conjunto de normas que le otorga sentido a todas las demás ramas del derecho, no contenga ningún sistema efectivo que la proteja.

Por lo mencionado, dada la faltante garantía constitucional, fue iniciativa del poder judicial el crear un medio por el cual los ciudadanos puedan reclamar sus derechos fundamentales. A partir de los históricos fallos “Siri”¹⁶ y “Kot”¹⁷ la CSJN deja sentado un procedimiento de recurso efectivo. Por esta razón el amparo es considerado creación pretoriana, es decir, creada por los pretores o jueces. Años más tarde, en 1966, durante la última dictadura militar, fue sancionada la ley de amparo -16.986- que aún el día de hoy es utilizada en la materia.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 239:459, 1957, “Siri, Samuel S., s/interpone recurso de hábeas corpus”.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo 241:291, 1958, “Kot, Samuel S.R.L., s/recurso de hábeas corpus”.

Con la reforma constitucional de 1994 es introducida la figura del amparo al aparato constitucional. El art. 43¹⁸ de la actual CN, replica ampliamente las reglas que establece la ley 16.986 en cuanto a la conceptualización del amparo como garantía constitucional¹⁹. Según indica el artículo mencionado, el amparo se erige como una acción expedita y rápida; para interponerlo, deberá ser el medio más idóneo de reclamo; y puede ser interpuesto ante actos u omisiones de autoridades públicas o particulares donde exista una vulneración o lesión actual o inminente a derechos constitucionales, derechos establecidos en tratados internacionales o leyes. Asimismo, el artículo dispone que los jueces, en el caso concreto, podrán declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión.

En adición, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que luego de 1994 cuenta con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inc. 22, dispone en su artículo octavo²⁰ el derecho de toda persona a un recurso efectivo con el fin de proteger sus derechos constitucionales o establecidos en una ley.

¹⁸ Art. 43, CN, (1994): “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

¹⁹ El artículo primero de la ley de amparo 16.986, de manera casi idéntica al artículo 43 de la CN, dispone: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

²⁰ Art. 8, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

IV. Amparo para exigir normas de organización del poder

En el fallo “intendente de La Rioja”, el demandante interpuso una acción de amparo para lograr la sanción de la ley de coparticipación provincial que exigía la constitución riojana, afirmar la autonomía municipal y acabar con las discrecionalidades y arbitrariedades en el reparto de los fondos provinciales. Es decir, el demandante interpuso acción de amparo ante la omisión legislativa en dictar la ley de coparticipación provincial establecida en la constitución riojana a fin de que se declare su inconstitucionalidad. Como respuesta, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia rechazó el pedido por varias razones; esto es, porque no es facultad del poder judicial dictar normativa general, en este caso el sistema de coparticipación –por principio republicano-; porque la materia significa una cuestión política no justiciable y; porque el sistema de coparticipación debe ser edificado sobre la base de acuerdos entre la provincia y los municipios, y estos no habían sido concretados aún.

Ante esta problemática, la CSJN dispuso que, si bien son acertadas las interpretaciones de los jueces del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, lo cierto es que existe una irrazonabilidad en el tiempo transcurrido sin haber generado los consensos y acuerdos políticos para sancionar la ley de coparticipación provincial²¹. De esta forma, la Corte deja sin efecto la resolución del tribunal anterior y da procedencia al recurso interpuesto.

²¹ En el fallo citado, (337:1263, 2014), la CSJN en análisis de la problemática dispuso en su considerando 11º: “Es incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal”. La CSJN consideró además, en su considerando 13º que, “... no resulta posible sostener que el dictado de la ley –es decir, el acatamiento de la Constitución queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental de orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los

Cabe preguntarse si efectivamente el amparo puede ser interpuesto ante las omisiones legislativas y en este caso en concreto, ante la omisión en dictar la ley de coparticipación federal de impuestos que indica el art. 75 inc. 2 de la CN. Como objetivo principal de este trabajo, trataré de despejar toda duda a esta problemática para lograr entender si realmente un particular puede interponer un amparo como garantía constitucional ante la omisión por parte del Poder Legislativo en dictar leyes, y más específicamente, la ley de coparticipación federal de impuestos. Para esto, realizaré un desglose del primer párrafo del artículo 43 de la CN con la intención de analizar cada punto o carácter en particular y resolviendo la cuestión en base a un caso hipotético como referencia.

V. Necesidades básicas insatisfechas como consecuencia de la omisión legislativa

“A” vive en Santiago del Estero. Las condiciones de vida, la infraestructura y viviendas en la localidad son precarias y “A” no logra satisfacer sus necesidades básicas. La infraestructura hospitalaria y escolar es precaria, existe una gran faltante de recursos y muchas veces los niños han visto la necesidad de tener que ausentarse a clases por estas razones. Asimismo, no hubo instalaciones de cloacas ni existe acceso a agua potable.

“A” decide realizar un reclamo en el municipio de su localidad, pero estos se vieron imposibilitados a mejorar la situación ya que dicen no tener los recursos fiscales necesarios para satisfacer las necesidades de los habitantes. Ante esta respuesta, “A” concurre al gobierno provincial con el objetivo de obtener una respuesta. Sin embargo, el gobierno provincial, de manera similar al municipal, explica que, ante la omisión de reparto equitativo de fondos públicos, Santiago del Estero no obtiene

esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que trata su texto. Es así que por voluntad popular ya consensuada en su Constitución, La Rioja debe dictar una ley de coparticipación municipal”.

los recursos que debería no pudiendo satisfacer las necesidades de sus habitantes.

Cabe analizar si “A” se encuentra facultado para interponer un amparo por omisión legislativa en sancionar la ley de coparticipación federal a fin de que el juez a cargo declare la inconstitucionalidad de la misma.

Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”.

Al presentar un amparo, es necesario que el recurso sea el medio más idóneo para llevar a cabo el reclamo. Es decir, como he explicado anteriormente y posteriormente también haré referencia, el amparo es un medio que procede ante la lesión a un derecho constitucional, un derecho consagrado en un tratado internacional o una ley. Es un mecanismo propio para reclamar la vulneración a derechos exclusivamente mencionados en el art. 43 de la CN. Siguiendo esta línea, sería difícil imaginar que una cuestión de derecho civil, como puede ser una compra venta, se resuelva por un medio distinto al procesal civil. De esta manera, la lesión de un derecho constitucional, en virtud del art. 43 de la CN, se resuelve a través de la presentación de un amparo como medio idóneo en la materia.

En base al caso, la ley utilizada actualmente para la remisión de fondos públicos, como he explicado, establece porcentajes a las provincias para la tarea. De esta manera, los criterios objetivos de reparto que manda la constitución a respetar para garantizar mejores condiciones de vida para la población argentina no son considerados de ninguna forma. Es decir, la ley 23.548 no contempla las necesidades básicas insatisfechas, la falta de cloacas, la precaria infraestructura escolar y hospitalaria, etc., ergo, es imaginable pensar que los habitantes de ciertas localidades del país encuentren insatisfechas necesidades consideradas básicas en tanto derechos humanos.

En cuanto a la presentación de un amparo por omisión legislativa en dictar la ley de coparticipación federal, en un

principio se funda en el incumplimiento por parte del Congreso Nacional en dictar la ley convenio que establece el art. 75 inc. 2 como facultad exclusiva del Poder Legislativo. En el supuesto expuesto como caso hipotético, el artículo 14 de la CN²² es lesionado de manera directa en cuanto el derecho a la enseñanza o educación como tal -de manera adecuada, en condiciones propias de un ambiente escolar-, como también la igualdad de oportunidades esgrimida en la misma Constitución en su artículo 16²³. En tanto derechos consagrados en tratados internacionales, el derecho al agua²⁴ se encuentra vulnerado, al igual que el derecho a la salud²⁵ (Declaración Universal de Derechos Humanos). En relación a la falta de cloacas en la localidad, el art. 41(CN, 1994) consagra el derecho al ambiente sano y limpio a todos los habitantes de la Nación.

Existe una variedad amplia de artículos constitucionales y tratados internacionales que subrayan la idea de que el incumplimiento en sancionar la ley básica del federalismo, apareja consecuencias enormes para la población. De todas formas, el objetivo del trabajo no es exponer la normativa relacionada,

²² Art. 14, CN, (1994): "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

²³ Art. 16, CN, (1994): "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

²⁴ En el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 64/292 reconoció explícitamente el derecho humano al agua.

²⁵ Art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

sino analizar la procedencia del amparo como mecanismo de reclamo ante la problemática.

En base a lo expuesto y en análisis de este primer apartado del artículo 43 de la CN, el amparo por omisión de autoridades públicas es procedente en cuanto infringe directamente derechos constitucionales y derechos establecidos en tratados internacionales. Asimismo, la omisión legislativa y la lesión a este tipo de derechos perturba indirectamente a la idea del constitucionalismo social que impera en nuestra Carta Magna luego de la reforma constitucional de 1994.

En adición, cabe mencionar que el proceso del amparo deberá ser rápido y expedito -como lo establece la CN-dada la gravedad que engloba la afectación a un derecho constitucional.

Art. 43: “Contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares...”.

Este punto en particular resulta evidente. El art. 75 inc. 2 de la CN dispone que se deberá sancionar una ley convenio en base a acuerdos entre la Nación y las provincias, teniendo en cuenta pautas objetivas de reparto. De conformidad con esta norma, la disposición transitoria sexta establece que la ley convenio deberá ser sancionada antes de la finalización del año 1996. Hasta el día de hoy, no se han generado los consensos políticos suficientes para sancionar la ley en discusión. Por el contrario, se utiliza actualmente una ley anterior que como he desarrollado, no cumple con las pautas que impone la CN.

Siguiendo la línea doctrinaria de Bidart Campos, la ley de coparticipación federal no puede ser considerada como “opcional” sino más bien obligatoria²⁶. No existen opciones, la ley convenio “deberá ser sancionada” según la CN. En otras palabras, el mandato constitucional no está condicionado a la voluntad de los legisladores.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán, (2006). *“La tributación y el poder tributario”*, Capítulo XIX, punto 43, en *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, Buenos Aires.

Conforme a lo expuesto, la faltante ley de coparticipación federal de impuestos puede ser considerada como un supuesto de inconstitucionalidad por omisión por parte del Poder Legislativo de la Nación –autoridad pública- en tanto no ha sido sancionada luego de la reforma constitucional de 1994.

Art. 43; “Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

Para la procedencia de un amparo es necesario acreditar, por parte del demandante, la existencia de una lesión actual o inminente a derechos constitucionales, derechos consagrados en tratados internacionales o derechos dispuestos en la ley. Para esto y en este caso en particular, se deberá probar la relación que existe entre el daño ocasionado y la omisión legislativa.

Suponiendo que una persona que encuentra sus necesidades básicas insatisfechas y desea presentar un amparo por omisión en base a esto alegando que la faltante ley de coparticipación federal -que debe seguir aspectos objetivos de reparto por regla constitucional- afecta directamente la remisión de fondos y, por ende, ve lesionado sus derechos constitucionales, deberá probar este nexo causal que existe entre el daño sufrido y la omisión legislativa.

La situación se complejiza cuando el artículo expone que la arbitrariedad o ilegalidad que lesiona al sujeto demandante deberá ser “manifiesta”. Al ser el amparo una vía de reclamo rápida y expedita, el margen para el análisis de la prueba en cuestión es acotado y por esta razón, la afectación deberá ser evidente o manifiesta. Asimismo, al ser una vía rápida y expedita, el reclamo debe acarrear peligro en la demora o transcurso del tiempo.

Si bien es acertado suponer que existe dificultad en establecer el nexo causal “manifiesto” en este caso en concreto y la ley de coparticipación que manda a sancionar la CN no existe,

es decir, no se puede asegurar que la sanción de una ley de coparticipación dará efectivamente solución a la problemática, lo cierto es que, si la ley convenio se sanciona en base a las pautas que la CN impone para llevar a cabo la tarea, la solución llevará a mejores resultados que la situación actual. Si la ley convenio es sancionada en base a las pautas objetivas de reparto que establece el art. 75 inc. 2, esto es, teniendo en cuenta, por ejemplo, las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes argentinos, los resultados serán ampliamente superiores en contraposición a la situación actual-ley 23.548- en tanto asegurará una forma equitativa y solidaria de reparto, en correlato, además, con los principios federales que dispone la CN. La correcta remisión de fondos públicos, teniendo en cuenta parámetros objetivos de reparto, garantizará mayor equidad entre los habitantes argentinos.

En cuanto al nexo causal que deberá probar el demandante, considero suficiente demostrar que, al realizar el reclamo ante las autoridades, obtuvo una respuesta negativa por partes de estas por no contar con recursos suficientes para distribuir y lograr mayores niveles de equidad entre la población. En vista de la omisión legislativa en dictar la ley de coparticipación que manda la CN e cumpliendo con los parámetros objetivos que la misma impone, la provincia no cuenta con recursos suficientes para cubrir las necesidades básicas de la población.

La CN busca, a través de una variedad de artículos ya mencionados, generar mayores niveles de equidad entre la ciudadanía y mejores condiciones de vida. Es correcto afirmar que la inadecuada distribución de fondos profundiza ampliamente la desigualdad en el país, avasallando de esta manera, la idea de solidaridad federal que impera en el texto constitucional desde 1994. El precario sistema de salud, la inadecuada infraestructura escolar, y las pésimas condiciones de vida relatados en el caso, son consecuencia directa de la falta de reparto equitativo de los fondos públicos. Que la provincia de Santiago del Estero, -en este caso- no logre satisfacer las necesidades básicas de sus

habitantes es el resultado de la omisión legislativa en dictar la norma que le fue impuesta para regular la distribución de fondos en el país. No es posible imaginar que, sin un reparto equitativo, todos los habitantes del país hallen sus necesidades satisfechas, precisamente, por no contar con los recursos suficientes. Una mala distribución significa privilegios para algunos, desventajas para otras.

VI. Consideraciones finales

Si bien es cierto que con la reforma constitucional de 1994 se buscó fortalecer el federalismo, queda evidenciado que la realidad política no se adecúa –o no quiere adecuarse– al precepto.

En este sentido, y siguiendo esta línea de análisis, se puede mencionar como referencia que la Constitución de 1853, influenciada por ideas alberdianas, fue un gran acierto político pragmático en tanto buscó ser realista respecto a la vida política de la época para así plasmarlo en el texto constitucional²⁷. Por el contrario, cabría preguntarse si la lectura política, económica y social realizada en 1994 en el marco de la reforma constitucional, -con el claro objetivo de fortalecer el federalismo- realmente se identifica con los valores que realcen este tiempo y espacio. Desde una perspectiva analítica, tal vez la reforma no fue un

²⁷ FERREYRA, Raúl Gustavo, (2015). *Fundamentos constitucionales*, Lección segunda, “1852. Orígenes. Sobre las bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”, Ediar, Buenos Aires, p. 12. Cito los fragmentos de mayor relevancia: “Una constitución coherente no es solamente un código en el que el contenido de sus normas no es contradictorio; se trata, principalmente, de un texto normativo que prescribe un campo de acción ideal proyectado hacia la realidad comunitaria. Cuando un poder constituyente produce una constitución quiere, desea o ambiciona que la realidad comunitaria tenga identidad o guarde semejanza con el ámbito de lo prescripto. Por intermedio de las normas constitucionales se establece con eminente fuerza prescriptiva el estado de cosas diseñado por el propio legislador constituyente u originario, ya sea por normas de conducta y/o normas de competencia”; “La historia de un pueblo o la evolución de la autodeterminación o soberanía comunitaria puede ser descubierta en cada proyecto de constitución. Una constitución o un proyecto delimita un tiempo constituyente. Además, cada constitución, señaladamente, responde a determinada ideología o valoración política, posee una estructura específica y observa determinadas finalidades”.

proyecto aceptable políticamente en este contexto. Más bien, la reforma significó una observación errónea o equivocada de la realidad en 1994. En otras palabras, la sociedad argentina no estaba lista para afianzar el federalismo.

Parece ser que el federalismo en la Argentina es una gran cuenta pendiente de la última reforma constitucional. Esta idea se verifica al evaluar, como lo hizo la CSJN, la irrazonabilidad en el tiempo transcurrido sin que el Poder Legislativo genere los consensos políticos necesarios para la sanción de la ley convenio como atribución exclusiva del mismo, siendo esta la base de un sistema federal. Mientras las reglas básicas de la Constitución y más específicamente del federalismo no sean implementadas, no será posible imaginar un progreso nacional con justicia social en la Argentina. El Estado ha fallado en su deber de generar y garantizar igualdad en el país causando así, malestar en su propio organismo²⁸. De esta forma, considero hipócrita las acciones políticas tendientes a “discutir” la erradicación de la pobreza y el progreso económico cuando las reglas constitucionales básicas que proponen y efectivizan mayores niveles de equidad, no se ejecutan. Por este motivo es de suma importancia insistir en el cumplimiento de los mandatos constitucionales que procuran el progreso social y el bienestar general²⁹. La reforma constitucional nos introduce la garantía del amparo y con ello la posibilidad de reclamar esta gran faltante. Como particulares y como destinatarios de los derechos constitucionales, debemos asegurarnos de promover acciones que logren incitar al aparato estatal a cumplir con las obligaciones que impone la CN.

²⁸ FERREYRA, Raúl Gustavo, (2020). *Malestar en el Estado*. Ediar, Buenos Aires, p. 15. El autor introduce la idea de que ninguna constitución fomenta o promueve el malestar. Sin embargo, a pesar de esto y a la luz del estudio “Gobernar es igualar”, interpreta al malestar en el Estado como consecuencia de la desigualdad en el territorio. De esta forma, se justifica al Estado a partir de su deficiencia a la hora de promover y efectivizar igualdad.

²⁹ El Preámbulo de la CN establece como objetivo de la unión nacional, el promover el bienestar general.

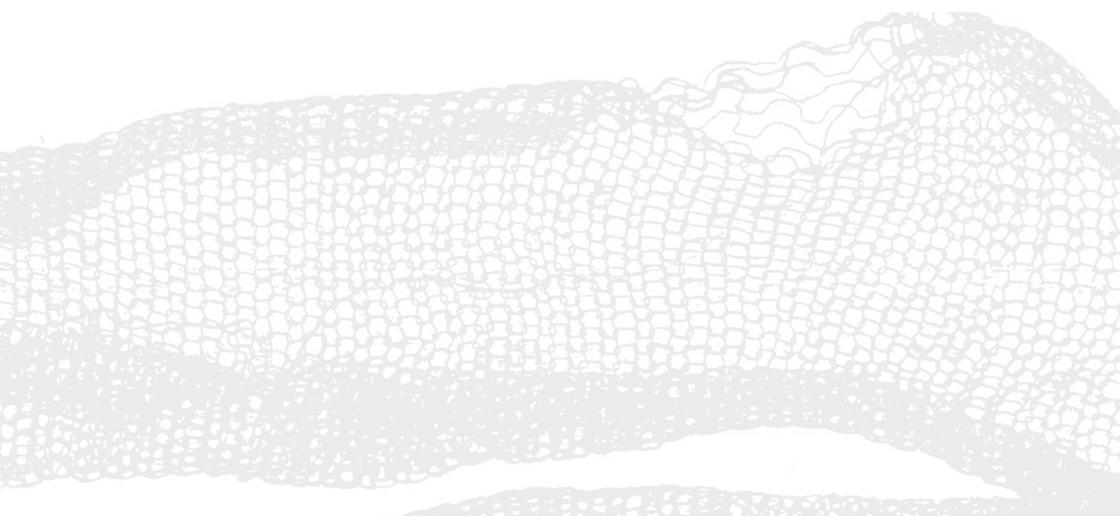


INVESTIGACIONES



Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: *Si tuviera un nombre lo que se siente*



Impacto de la crisis sociopolítica en la vida de las mujeres trabajadoras de la maquila textil/vestuario del departamento de Managua-Nicaragua

Consequences of the socio-political crisis in the lifetime of women workers in the textile factory -"maquila"- . Case study in the municipality of Managua, Nicaragua

Danny Ramírez-Ayérdiz¹

Universidad Politécnica de Nicaragua, Nicaragua

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 341-390

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e520>

Recibido: 10/02/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: En este artículo se presentan los principales hallazgos de la investigación "Impacto de la crisis sociopolítica en la vida de las mujeres trabajadoras de las maquilas" desarrollada por el Movimiento de Mujeres Trabajadoras y Desempleadas "María Elena Cuadra" (Nicaragua) entre los meses de septiembre y diciembre de 2019 y publicada en julio de 2020. El trabajo revela cómo las obreras de las maquilas de zona franca fueron directamente afectadas por la intensidad y la generalidad de la represión gubernamental iniciada en abril de 2018. Asumiendo un

¹ Feminista, becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Doctorando en Ciencias Sociales y miembro del Grupo de Estudios sobre Centroamérica de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente asociado del ICEJP-UPOLI. Director de la revista Cuaderno Jurídico y Político de la UPOLI (Nicaragua) y coeditor de la Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS). Correo de contacto: dannyramirezayerdiz@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7572-6605>).

enfoque más allá del basado en el cumplimiento o no de los derechos laborales desarrollado en investigaciones precedentes, en este trabajo se presentan cómo la actual crisis sociopolítica de Nicaragua impactó cinco dimensiones del transcurrir vital de las a saber: (1) La memoria de los hechos proyectados hacia el pasado y el futuro; (2) los derechos laborales y de género en las maquilas; (3) la situación económica-familiar; (4) La salud física y psicosocial y (5) el entorno familiar-comunitario.

Palabras Claves: mujer, trabajadoras, derecho a la salud.

Una crisis sin precedentes en tres décadas de democracia²

La actual crisis sociopolítica de Nicaragua iniciada en abril de 2018 es uno de los episodios más dramáticos de sus últimos cuarenta años por la gravedad, continuidad y la intensidad de las graves violaciones de derechos humanos cometidas (Amnistía Internacional, 2019). El foco internacional se concentró atónito en el pequeño país de poco más de seis millones de habitantes ante la crueldad de la represión estatal perpetrada contra una población descontenta con unas reformas fallidas a un sistema de seguridad social que venía experimentando una desastrosa situación financiera desde 2013 advertida desde 2006. sin que el gobierno sandinista interviniera oportunamente (Olivares, 2020; Álvarez, 2018; Vogl, 2018).

Las características y las conductas gubernamentales en esta crisis llevaron al Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI, 2018) -establecido por acuerdo entre la secretaría general de la OEA y el gobierno de Nicaragua para investigar los actos de violencia entre abril y mayo de 2018- a tipificarlas

² Los resultados de investigación que se presentan en este artículo cuentan con la autorización del Movimiento de Mujeres Trabajadoras y Desempleadas "María Elena Cuadra" para hacerlos públicos a través de esta publicación académica. La investigación completa se encuentra en: <https://www.mec.org.ni/#> Todos los derechos sobre la investigación original pertenecen al Movimiento María Elena Cuadra. Los consultores del estudio fueron Danny Ramírez-Ayérdiz y Walter Martínez.

como crímenes de lesa humanidad. De manera general, estos crímenes han sido ampliamente documentadas tanto por los órganos internacionales de derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018) y la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018, 2019), así como por los movimientos nacionales de derechos humanos, incluido el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos, la Asociación Nicaragüense Pro-Derechos Humanos, la Comisión Permanente de Derechos Humanos, entre otros. No obstante, las investigaciones empíricas destinadas a documentar o evidenciar cómo los efectos directos o colaterales de la crisis o los patrones represivos han impactado en sectores específicos de la población, se han realizado de forma paulatina y producidas casi exclusivamente por la sociedad civil.

Las obreras que trabajan en las empresas maquiladoras de zona franca textil/vestuario en Nicaragua hacen parte de los sectores en situación de pobreza, con muchas dificultades para poder mejorar sus condiciones de vida ante la ausencia de oportunidades concretas impulsadas o desarrolladas por el gobierno. Un empleo “rápido” para obtener ingresos urgentes ante las apremiantes necesidades diarias lo ofrece, casi siempre, las maquilas. Estas arrojan a las obreras hacia un sistema laboral donde no logran construir o alcanzar otras redes y oportunidades de mejorar la calidad de vida o ascenso social. Por el contrario, las maquilas son sistemas que deterioran agresivamente la salud física, la vida y emociones de las trabajadoras (MEC 2018, 2020a), alejándolas de cualquier posibilidad de un mejor futuro económico.

En medio de este contexto que viven las obreras, el Movimiento de Mujeres Trabajadoras y Desempleadas “María Elena Cuadra” (en adelante “el MEC” o “el Movimiento” o “el María Elena Cuadra”), la principal organización que trabaja en la promoción, defensa y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y de género de estas obreras desde hace más de veinticinco años en Nicaragua, inmediatamente con la explosión

de la crisis sociopolítica de abril de 2018, empezó a recibir y documentar cientos de denuncias provenientes de las trabajadoras que evidenciaron principalmente, dos aspectos: (1) que ellas y sus familiares estaban siendo víctimas del terror estatal perpetrado por el gobierno de Daniel Ortega y Rosario Murillo y, (2) que el sistema maquilador de zonas francas, históricamente caracterizado por violar los derechos humanos laborales y de género de las obreras, había aprovechado el clima de confusión y pánico generalizado en los meses más crueles de la crisis para deteriorar aún más las condiciones laborales en las zonas francas.

Como consecuencia de estas denuncias y del clamor sistemático de las trabajadoras de las maquilas, el María Elena Cuadra tomó la decisión de elaborar una investigación de carácter diagnóstica a fin de conocer cuál ha sido el impacto de la crisis sociopolítica en la vida de las obreras de las maquilas, especialmente, de Managua. La investigación buscó que la voz testimonial de las trabajadoras combinadas con el soporte cuantitativo diera cuenta de cómo mujeres de los sectores históricamente más golpeados de la sociedad nicaragüense por décadas de abandono y desinterés estatal también han sido víctimas y a la vez destinatarias finales de los efectos de la sistemática represión gubernamental desde abril de 2018.

En este artículo se presentan los principales hallazgos de esa investigación que se desarrolló entre los meses de septiembre y diciembre de 2020 y publicada en julio de 2020, adentrándonos en la vida de las obreras más allá del enfoque basado en el cumplimiento o no de los derechos laborales desarrollados en investigaciones precedentes. Así, se indagó cinco dimensiones del transcurrir vital de las obreras a fin de obtener datos y testimonios respecto de sus vidas en la crisis sociopolítica a saber: (1) La memoria de los hechos proyectados hacia el pasado y el futuro; (2) los derechos laborales y de género en las maquilas; (3) la situación económica-familiar; (4) La salud física y psicosocial y (5) el entorno familiar-comunitario.

Este trabajo primeramente se ocupa de describir el escenario general que viven las trabajadoras de las maquilas en Nicaragua y luego recorre una rápida descripción de la crisis sociopolítica que vive el país desde abril de 2018. Posteriormente, se anotan los detalles metodológicos de la investigación. Luego, se aborda un breve estado de la cuestión. En la parte central, se presentan los principales hallazgos. Finalmente, se adjuntan breves conclusiones y se harán públicas recomendaciones urgentes atinentes al sector investigado.

El sistema de las maquilas de zona franca: severa explotación con la tolerancia del Estado nicaragüense

El sistema de maquilas de zona franca tiene sus antecedentes en el país en 1965, durante el periodo somocista (Bilbao, Mayorga y Rocha, 2003). No obstante, la Revolución Sandinista (1979-1990) lo revocó. A través del decreto presidencial 46/91 de zonas francas industriales de exportación, en el marco de la liberación neoliberal del mercado implementada por el gobierno de Violeta Barrios de Chamorro, se reinstauró este sistema que ha seguido vigente sin obstar las orientaciones político-ideológicos de los gobiernos sucesores y sus discursos apáticos o empáticos con la clase trabajadora.

Según la estatal Comisión Nacional de Zonas Francas, las empresas bajo este régimen gozan de extensos y “generosos incentivos para la inversión” que incluyen 100% de exención en el pago de impuesto sobre la renta, del pago de impuestos sobre enajenación de bienes inmuebles a cualquier título inclusive el impuesto sobre ganancias de capital, de impuestos de aduana sobre materias primas, maquinaria y transporte, de impuestos de importación sobre lo elaborado en estas industrias, entre otros. Un estudio del Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (2010) señala que, si bien las industrias maquiladoras han tenido impacto en las importaciones y la generación de empleos, a cambio los Estados “[...] han tenido que sacrificar su potencial de recaudación tributaria” y no han demostrado

“[...] ser la panacea del desarrollo sostenido” (p. 16) por la facilidad con la que emigran hacia otros países con “mejores ventajas” fiscales,

No obstante, este sistema maquilador que en 1993 contaba con poco más de 7000 obreras y obreros y en 2019 con unas 121 mil, tiene un lado nada alentador. La contrapartida que ofrece la *iniciativa extranjera* es la creación de miles de puestos de trabajo en condiciones de precariedad con pagas que siguen siendo las más bajas de la región centroamericana tal como lo destaca la estatal agencia de inversiones ProNicaragua. Esto implica que el gobierno históricamente ha asumido como política estatal ofrecer al exterior a la población joven de Nicaragua como mano de obra barata y explotable, a fin de atraer a estas empresas desde el Norte Global con sistemas de producción inhumanos.

Vukelich tempranamente (1993) ya señalaba el carácter “deshumanizado” del trato que sufrían las obreras y destacaba el carácter intensivo de las actividades de producción. Desde 1999 (en CENIDH 1999, derechos.org) el Movimiento María Elena Cuadra ha venido demostrando de manera específica las violaciones de derechos humanos laborales al sector maquilas en sus estudios y se ha confirmado a lo largo de otros: violencia verbal, salarios bajos, excesiva presión, tiempos limitados de descanso. Turcios (2002), FIDH (2005), Bilbao, Mayorga y Rocha (2006), Gamboa, Angela y Kries (2007), MEC (2009, 2010, 2013) OIT (2010), Asociación Mujeres Transformando (2016) han dado a conocer, casi sin variación, que estas empresas violentan la gran mayoría de estos derechos.

Por su parte, el Estado ha mantenido una actitud sistemáticamente tolerante, en independencia del gobierno de turno, a fin de que la inversión extranjera que genera estos miles de puestos en condiciones de precariedad no se retire del país. Paradójicamente, la aquiescencia del Estado no ha sido suficiente para evitar que se fuguen del país estas empresas llamadas “golondrinas”, pues al encontrar otros países con “mejores”

ventajas fiscales cierran operaciones casi de forma inesperada. Desde 1993, miles de obreras y obreros han quedado sin puestos de trabajo y muchas veces sin la paga de sus prestaciones laborales. Por ejemplo, el Movimiento logró documentar que sólo en el periodo 2006-2010, cerraron 38 fábricas despidiendo a más de 36 mil empleados y empleadas. Recientemente, según denuncias expuestas por el MEC, en el marco de la pandemia por COVID-19, las empresas han cesado de sus puestos a más de 12 mil obreras y obreros (MEC, 2020b).

No obstante, el propio Estado (2020) ha informado a órganos de vigilancia de tratados derechos humanos, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el clima y la situación de protección de los derechos laborales en las maquilas está garantizado a través de inspecciones laborales; controvertidas, por supuesto, pues los estudios que se han realizado a lo largo de los años demuestran la potencia violatoria de derechos de las empresas maquileras. La tolerancia del Estado hacia este sistema institucionalizado de violaciones de derechos laborales y de género se puede verificar en el llamado modelo “de diálogo y consenso” que desde 2009 el gobierno sostiene con los empresarios y sindicalistas del sector, cuyos acuerdos sientan las bases del clima de “paz y productividad” en el que deben ejercerse las labores en este ramo industrial, sin que en estos espacios existan o se generen mecanismos para la investigación, registro y seguimiento de las constantes violaciones de derechos humanos que se producen en las empresas (MEC, 2020a).

Por otro lado, a pesar de este contexto de supuesta paz y productividad pactada por el tripartismo, la acción colectiva frente a las violaciones de derechos humanos ha sido férreamente rechazada y desconocida por los empleadores de este sector, al ejercer medidas sistemáticas de despido o amedrantamiento contra los sindicatos que se forman en las empresas. Un reporte del Observatorio Centroamericano de Violencia Laboral evidenció que en 2017 apenas existían 43 sindicatos de 179 empresas del sector, lo que escasamente cubría el 30 % del total. Sin

embargo, amén de que muchos de estos sindicatos se han conformado durante el gobierno de Ortega y Murillo, estos son obligados a adherirse al gremialismo oficialista, comprometido con que no existan conflictos laborales ni individuales ni colectivos.

Además de que la ley no reconoce otras formas de organización distintas a las sindicales, la cercanía de intereses entre el gobierno y los empresarios maquileros se ha visto ratificada en diversos actos de represión de manifestación pacífica. Por ejemplo, en junio de 2016 en la empresa de capital coreano *Sae A Tecnotex* en el municipio de Tipitapa, una protesta organizada por obreros que demandaban diversas mejorías de las condiciones de trabajo y de higiene ocupacional fue violentamente disuelta por fuerzas policiales antidisturbios. Once obreras y obreros fueron procesados por diversos delitos con la finalidad de “enviar un mensaje claro de represión pública tanto a la disidencia sindical como a la población obrera descontenta” (MEC, 2020a). Un episodio que luego sería masivo en 2018.

Nicaragua en llamas: el resumen del terror

Abril de 2018 representó el quiebre y la ruptura de 28 años de democracia “defectuosa” (Merkel, 2004). Una democracia caracterizada por su debilidad institucional y que divagó entre sus élites y el peso autoritario de los grupos que concentraron la mayor cuota de poder político desde 1990; pero estas son dinámicas recurrentes de toda la historia del país (Acuña, 2020; Álvarez, 2000; Núñez, 2006).

Tras años de una democracia endeble basada en pactos y componendas políticas a espaldas de la gente, cuando Ortega y Murillo asumieron el poder en enero de 2007, los pocos espacios y mecanismos de participación abiertos por los gobiernos neoliberales, sobre todo con la sociedad civil en los ámbitos municipales, se fueron cerrando progresivamente a fin de sustituirlos por las estructuras partidarias jerárquicas y territoriales del Frente Sandinista de Liberación Nacional, a fin

de instituir una suerte ficcionaria de democracia participativa mediante la lógica controvertida de “poder ciudadano” (Serra, 2008; Baltodano, 2004).

A pesar del marcado discurso de izquierda alusivo a la participación de las masas adoptado por el gobierno actual, la acción colectiva en general fue evidenciando gradualmente la erosión de cualquier posibilidad de escucha entre las autoridades y las demandas sociales. El episodio de la aprobación del marco jurídico y la concesión para la construcción del proyecto Gran Canal Interoceánico a HKND Group entre 2013 y 2015 fue uno de estos episodios. Pese al descontento y las movilizaciones de amplios sectores, sobre todo campesinos, el gobierno decidió seguir adelante con las negociaciones de la concesión sin convocar o propiciar un proceso de discusión pública, dada la trascendencia nacional y repercusiones ampliamente negativas del proyecto advertidas por las y los expertos (Ramírez-Ayérdiz, 2016)

Este clima de alejamiento entre las élites dirigentes con el pueblo, especialmente acentuado desde la asunción del actual gobierno, fue motivando el clima de descontento popular que luego viró hacia la irritación. El gobierno sandinista, paradójicamente, buscó la legitimidad social en los espacios económicos concentrados. Desde 2009 se había instalado un sistema de cogobierno llamado “diálogo y consenso” con las cúpulas empresariales representantes del gran capital y congregadas en el Consejo Superior de la Empresa Privada (COSEP). Precisamente, las reformas inconsultas al sistema de seguridad social que dan paso al estallido social del 18 de abril de 2018 coinciden también con el fin del modelo de diálogo y consenso y materializan la ruptura entre el gran capital -el otrora mejor aliado- y el gobierno sandinista (Chamorro, 2020, pp. 25, 28; Cabrales, 2020).

La explosión popular de 2018 estremeció con fuerza y asombro a todos los sectores nicaragüenses por dos razones centrales. En primer lugar, rompiendo el mito de la *sociedad adormecida*, por el carácter masivo, espontáneo y sin precedentes de la participación de la población en más de 2068 protestas que

fueron reprimidas sistemáticamente desde su inicio y disueltas abruptamente en septiembre de 2018 (Cabrales, 2020, p. 79). La participación protagónica de miles de estudiantes jóvenes y el mote de “autoconvocados” que asumieron, evidenció la ruptura o, por lo menos, la falta de nexos con el tradicionalismo político.

En segundo lugar, la explosión de abril sacudió al país por la respuesta represiva ejercida por el gobierno de Ortega y Murillo sin antecedentes en 28 años de democracia. En cuatro meses, a partir de abril de 2018, el aplastamiento de las protestas populares había provocado más 328 ejecuciones extrajudiciales, más de 106 mil personas que huyeron de la violencia, más de 1600 presas y presos políticos y una férrea censura a los derechos civiles y políticos, entre ellos, la libertad de prensa y expresión (CIDH, 2019, 2020, <https://cidhoea.wixsite.com/ppl-nicaragua>).

Materiales y métodos

Objetivos de la investigación

Al realizar la investigación, el María Elena Cuadra se propuso explicar los diversos ámbitos y maneras en que la crisis sociopolítica ha impactado en la vida de las mujeres trabajadoras de las maquilas desde la voz protagónica de estas en la construcción de sentido de este impacto con un abordaje sistémico.

Para el MEC el abordaje sistémico es relevante en dos sentidos. Uno, por el efecto expansivo y abarcador que tiene el trabajo de las maquilas en los otros aspectos de la vida de las obreras incluso antes y durante la crisis y por otro, en el carácter generalizado de los efectos de la escalada represiva a partir de 2018 en todos los sectores sociales y en cada una de las personas. Por tanto, la mirada sistémica permite el análisis de esta confluencia de grandes situaciones (la crisis y el trabajo extensivo, represión/opresión) y sus efectos. Juntos, como se verá a lo largo del artículo, se radicalizaron en perjuicio de las trabajadoras.

Cuestiones metodológicas

El diagnóstico “Impacto de la crisis sociopolítica en la vida de las mujeres trabajadoras de las maquilas” se realizó bajo las directrices de los estudios de tipo descriptivos transversales, teniendo en cuenta que el problema fue abordado mediante la recolección única de datos y su propósito fue describir y estimar el impacto en las obreras de un fenómeno específico actualmente en desarrollo. La muestra se calculó mediante la metodología para poblaciones finitas en 355 casos efectivos, a partir de las poblaciones laborales en las empresas maquiladoras de los tres municipios observados. Este total de casos se distribuyó de la siguiente manera: Managua 177 (49.9%), Tipitapa 104 (29.3%) y Ciudad Sandino 74 (20.8%), los tres pertenecientes al departamento de Managua.

El trabajo de campo se desarrolló entre septiembre y noviembre de 2019 en el que se presentaron dificultades relacionadas con la represión gubernamental. Históricamente, la aplicación de instrumentos de recolección de datos para los estudios del MEC se ha realizado en las afueras de las fábricas. No obstante, los equipos de recolección, promotoras y obreras encuestadas fueron asediados y amenazados por paramilitares y personal de seguridad, lo que obligó a tomar los instrumentos en lugares seguros para la integridad física de las participantes.

Se combinó el uso de instrumentos cualitativos (entrevistas semiestructuradas y grupos focales) y cuantitativos (encuesta- cuestionario estructurada con preguntas abiertas y cerradas). Tanto la guías para la realización de grupos focales y entrevistas como las encuestas fueron organizadas en siete secciones, de las cuales cinco se corresponden al número de dimensiones observadas: datos demográficos, percepción sobre los acontecimientos, efectos en los derechos laborales, efectos en la situación económica familiar, efectos directos en la salud y responsabilidades del hogar, efectos en el entorno familiar y comunitario, y percepción sobre el futuro.

Para cumplir con el objetivo específico de sistematizar las formas en que han vivido e interpretado en sus contextos individuales y colectivos los eventos desarrollados en el marco de la crisis sociopolítica iniciada en abril de 2018, la metodología empleada buscó responder lo que pasó y cómo pasó, identificando hitos, episodios traumáticos, momentos de aumento y disminución de escaladas de violencia, etc. Cada grupo focal tuvo una duración de cuatro horas y participaron en total 25 obreras.

Las entrevistas semiestructuradas se realizaron de forma individual, para indagar cómo lo colectivo ha afectado las diversas etapas de las dinámicas individuales y cotidianas. Se aplicaron con la finalidad de conocer el cómo se vivió las etapas más complejas de la crisis, no para reconstruir hechos ni para verificar una versión sino cómo, desde la identidad individual, constantemente se busca significados de los hechos colectivos que afectan la vida y simultáneamente indagar cómo el presente será determinante para la construcción del proyecto vital. Las entrevistas tuvieron una duración promedio de cuarenta y cinco minutos.

Las 355 encuestas incluyeron preguntas que buscaron conocer de la viva voz y en palabras de las propias obreras cómo han interpretado en sus contextos individuales y colectivos los eventos desarrollados en el marco de la crisis sociopolítica. Las preguntas abiertas incluidas fueron, por ejemplo: ¿cómo definiría usted lo que pasó desde abril de 2018? ¿Por qué se han dado todos estos hechos? ¿Por qué considera que mejoró o desmejoró su salud física y psicológica? ¿Cuáles podrían ser las posibles salidas? ¿Qué debemos hacer para que los hechos que han tenido lugar a partir de la crisis no se repitan?

Algunas cuestiones teóricas

La necesidad de la memoria feminista en tiempos de crisis

La memoria, de acuerdo con Troncoso y Shafir (2015), es una forma de construcción colectiva, una práctica social que contribuye a elaborar aquello que llamamos “pasado”. Stern (1998,

2011), se refiere a experiencias de la memoria con aquellos recuerdos elaborados por la gente respecto de una fecha o un periodo específico y, en dependencia de los contextos personales y circunstancias al momento de suceder algún evento doloroso o una conmoción general, de una persona a otra puede existir una experiencia de memoria distinta.

La memoria es un campo de trabajo que se ha plantado como contrahegemonía frente a la historia, pues no tiene la finalidad de la historia de narrar las hazañas de vencedores y vencidos. La memoria evidencia la cara oculta de la historia: el sufrimiento de las víctimas.

La mujer ha estado expulsada de esta representación hegemónica que de esa realidad ha elaborado el hombre, principalmente, a través de la historia como disciplina científica. A propósito, Simone de Beauvoir (1949) sobre esto escribió que “la representación del mundo, como el mundo mismo, es operación de los hombres, a los que describen desde el punto de vista que le es propio y que confunden con la verdad absoluta”.

Por ello, el feminismo tiene un reclamo siempre vigente al poder patriarcal pues ha despojado a las mujeres de su memoria y su historia (Reading, 2008) y, por tanto, la memoria ha de ser tratada de manera particular en los estudios de género en tanto que, en específico, la memoria feminista, es constructora de una historicidad de las mujeres despatriarcalizada.

A pesar de el desdén de la historia por incursionar en “la subjetividad” y su rechazo de desfeminizar “lo privado”, diversas investigadoras feministas han destacado que la memoria como instrumento de las ciencias sociales, aun sirviendo a fines de visibilizar demandas postergadas en el contexto de crisis políticas, también podrían tener un sesgo patriarcal, toda vez que quienes sistematizan las memorias, ubican a hombres y a mujeres en papeles que eternizan o perpetúan los roles hegemónicos de género, de tal manera que existen memorias generizadas.

En el orden de lo anterior dicho, el hecho de sistematizar las memorias de las mujeres obreras -a través de los diversos

testimonios que se presentaron en la investigación- representa un esfuerzo de las trabajadoras por poner en escrito lo que el hombre a través de la historia borra. Es sistematizar no sólo el carácter opresor del brote de violencia que implica la actual crisis en Nicaragua, también se trata de manifestar que tanto el Estado como el mundo del trabajo se encuentran en constante alianza para violentar los derechos de las mujeres, es decir, en una sistemática e invisibilizada situación de opresión y represión de sus cuerpos, fuerzas, emociones y vida. Esta perspectiva permite ver la represión estatal no sólo como prácticas de violencia política contextual contra las mujeres, sino como conductas que para las obreras han estado presentes, incluso antes de abril de 2018, a través de la opresión laboral.

Existe una ausencia de memoria feminista en el mundo del trabajo que refleje la lucha de las obreras y particularmente de un segmento de la clase trabajadora que vive condiciones específicas de opresión, de segregación y discriminación y nos referimos aquí a las obreras de las maquilas, de las que poco se habla en los libros y otras investigaciones sobre la historia de las reivindicaciones de los derechos laborales en Nicaragua. Esta lucha de las obreras de las maquilas está configurada por años de demandas, huelgas, protestas y otras acciones de presión que han logrado, en medio del contexto de sistemática violencia laboral, reivindicar derechos, incluso en momentos donde trabajar en una maquila fue sumamente peor que en la actualidad.

Por otro lado, un interés central de la investigación desde *la memoria feminista* es la indagación de la dimensión vida de las mujeres de las maquilas en Nicaragua, dimensión que ha sido estudiada de manera reciente. En este sentido, el género como herramienta de análisis es de suma importancia para escribir desde perspectivas que evidencian las tensiones de lo “oculto” y lo “minimizado” por la hegemonía. García-Peña (2016) sobre esto dice que “el género como herramienta analítica y categoría sociocultural nos ayuda a descubrir áreas olvidadas:

las relaciones entre seres y grupos humanos que antes fueron omitidos”.

Borgeaud-Garciandía (2009) propone una comprensión del trabajo en la maquila como una lógica de dominación que penetra en la vida privada de las obreras, cuestionando los conceptos trabajo-no trabajo. Las conclusiones de la autora son relevantes, de manera que construir una investigación de la vida de las mujeres obreras debería tomar en cuenta la continuidad y abarcamiento que tiene la vida laboral en sus demás dinámicas vitales:

Una aproximación sobre el trabajo y la dominación laboral, partiendo del ámbito de sus repercusiones en la vida familiar y privada, enriquece los análisis enfocados al trabajo como tal. Desde esta perspectiva observamos que existe cierta afinidad o correspondencia entre la dominación o las relaciones de dominación provenientes del trabajo y la organización familiar, las relaciones domésticas, los tiempos de vida o la idea del hombre idóneo. El conjunto de estos elementos se articula sosteniendo el funcionamiento de toda esta economía de vida presionada por las exigencias laborales. Si alguna vez la estructura del empleo formal permitió establecer una separación clara y explicativa entre una esfera del trabajo y una esfera del no-trabajo, hemos de reconsiderar aquí la impermeabilidad que supone tal división (openedition.org/trace/).

Pánico y terror como efecto de la represión estatal

Para Pérez Sales (1999, pp. 11-12), los efectos del miedo pueden ser corporales, realimentadores del temor, producen reacciones impulsivas, pérdida del sentido de la realidad, entre otros. Sin embargo, una consecuencia del miedo –cuando este es articulado gubernamentalmente, por ejemplo- es que “aisla a las personas, los lleva a inhibir la comunicación, ocultar sus pensamientos y emociones y a la apatía” (p. 12). Por otro lado, el pánico, conducta tanto individual como colectiva verificable

en la crisis sociopolítica en curso “es una reacción colectiva muy temida, a pesar de no ser la más frecuente, que se puede definir como el miedo colectivo intenso, sentido por los individuos de una población” (Pérez Sales, 1999, pp. 12-13).

El quiebre individual producido por la represión estatal se potencia cuando las autoridades o la sociedad niegan las acciones acontecidas, tal como el caso del gobierno de Nicaragua que afirma haber sido víctima de un golpe de Estado y ha perpetrado un patrón criminalizador contra los protestantes desde abril de 2018. Pichardo (2002) señala que, si bien todos los sectores de la sociedad son generalmente afectados por las crisis, los más expuestos a la violencia son aquellos que fueron testigos o víctimas directas de acciones represivas suelen atravesar un doble sufrimiento, además de la violación vivida, la segregación y el aislamiento social a sí y sus familiares, debido a la negación de los hechos acontecidos.

En contraste, el mismo autor (Pichardo, 2002) dice que cuando suceden catástrofes naturales o accidentes comunes, el propio Estado y la sociedad crean o alientan la construcción de acompañamiento colectivo para las víctimas de estos infortunios. Pero, en el caso de “emergencias políticas”, “la sociedad (nacional o internacional) despliega una serie de mecanismos de negación, lo cual obliga a las víctimas y sus familiares a privatizar la pérdida” (p. 7).

Cuando los Estados imponen períodos sistemáticos de restricción de derechos con poblaciones que, en consecuencia, son obligadas a no expresarse libremente por causa del terror, Hollander, citado por Pichardo (2002), dice que estas tienden a negar la realidad y a rechazar participar en actos políticos: “La negación sirve al individuo como una barrera entre él o ella y su conciencia, y de la exigencia, interna o externa de actuar desafiando esta violación sistemática de los derechos humanos más fundamentales” (p. 6).

Discusión de los resultados

1. Caracterización sociodemográfica de las obreras

Tabla 1. Distribución de la muestra por municipio

Municipio	Frecuencia	Porcentaje
Managua	177	49.9
Tipitapa	104	29.3
Ciudad Sandino	74	20.8
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuesta facilitadas por el MEC.

Las trescientas cincuenta y cinco obreras de la maquila participantes en el diagnóstico provienen de tres municipios: Managua (49.9 %), Tipitapa (29.3 %) y Ciudad Sandino (20.8 %). Residían en estos municipios al menos un año antes de abril de 2018 y se encontraban trabajando en una de las empresas pertenecientes al sistema de zo-

nas francas de esos territorios al momento que tuvieron lugar los sucesos de abril 2018. Es menester destacar que en estos municipios concentran aproximadamente el 22% de la población nacional, por lo que la situación de pobreza favorece grandes bolsones de jóvenes en edad de trabajar. En ellos también tienen asiento el 70 % de las empresas del régimen de zona franca del sector textil vestuario.

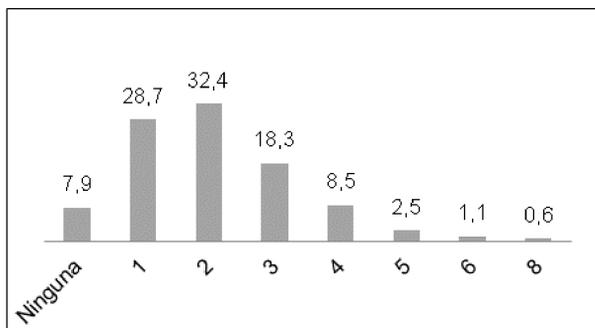
Tabla 2. Nivel educativo de las obreras

Nivel Educativo	Frecuencia	Porcentaje
Analfabeta	2	.6
Primaria Incompleta	39	11.0
Primaria Completa	42	11.8
Secundaria Incompleta	129	36.3
Secundaria Completa	99	27.9

Nivel Educativo	Frecuencia	Porcentaje
Técnico Completo	7	2.0
Técnico Incompleto	1	.3
Universidad Incompleta	32	9.0
Universidad Completa	4	1.1
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Gráfico 1. Personas que dependen económicamente de la obrera



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

La población encuestada es abrumadoramente joven. El 88.1 % se encuentra entre las edades de los 16 a 45 años, con una edad promedio de 33 años. Lo que evidencia, como diría Gutiérrez (2015), que las maquilas textiles son las únicas que están aprovechando el bono demográfico que atraviesa actualmente Nicaragua, con miles de jóvenes que se insertan, incluso, en edades tan tempranas en estos trabajos en condiciones de explotación. En cuanto al nivel educativo, predominó la secundaria completa e incompleta (64.2 %), además de un 22.8 % de obreras con niveles de primaria completa e incompleta.

La situación histórica de grave pobreza mayoritariamente heredadas y las extensas jornadas de trabajo diario, imposibilitan que las obreras puedan acceder a oportunidades de

continuar con el proceso educativo que les permita cambiar las condiciones de vida y avanzar en el combate de las brechas de desigualdad, lo que en consecuencia es aprovechado, de acuerdo con la Agenda de los Derechos Laborales de Mujeres Trabajadoras de la Industria Maquiladora en Centroamérica (2014), para ofrecer a la fuerza laboral joven como mano de obra barata, de baja calificación y, por tanto, sometida a condiciones de explotación.

Tabla 3. Número de hijos por obrera

Número de hijos	Frecuencia	Porcentaje
Ninguno	69	19.4
1	96	27.0
2	86	24.2
3	66	18.6
4	21	5.9
5	10	2.8
6	5	1.4
7	1	.3
10	1	.3
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

El 47 % de las obreras afirmaron ser solteras; del total de este grupo, el 67.1 % (112 trabajadoras) son madres. Del restante de la muestra, el 25.9 % son casadas, el 24.8 % viven en unión libre y una proporción inferior al 3 % está compuesto por mujeres divorciadas y viudas. Por otra parte, el 85.4 % de las trabajadoras declaró tener hijas o hijos, prevaleciendo el rango de 1 a 3 hijos (69.8 %). No obstante, con relación a las personas que dependen económicamente de la trabajadora el porcentaje es alto: 92 %, destacándose que de un 36.4 % de las obreras depende de 3 a 8 personas, lo que indica que la carga, además de ser alta para una sola persona, va más allá de sus hijos y

que probablemente incluya personas sin empleo producto de la crisis, adultos mayores o personas con enfermedades incapacitantes o alguna discapacidad.

Tabla 4. Ingresos mensuales en córdobas

Rango de Ingresos	Frecuencia	Porcentaje
3500 a 4319	12	3.4
4320 a 5139	81	22.8
5140 a 5959	109	30.7
5960 a 6779	101	28.5
6780 a 7599	27	7.6
7600 a 8419	18	5.0
8420 a 9239	4	1.1
9240 a 10059	2	.6
11700 a 12520	1	.3
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

La alta dependencia económica de las obreras debe verse a la luz de las bajas pagas salariales que reciben en las maquilas. El ingreso mínimo declarado por las obreras como remuneración por su trabajo es de 3,500 córdobas (unos USD. 106) por mes y el máximo de 12,500 córdobas (USD. 378). El ingreso promedio es 5,795 córdobas (USD. 181). La mitad de la muestra registró ingresos inferiores a 5,600 y la otra mitad se ubicó por encima de esta cantidad.

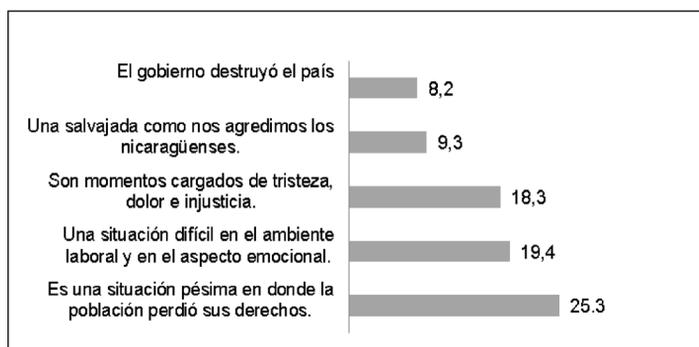
Estos ingresos bajísimos podrían dar cuenta de los deficitarios niveles de vida que las obreras atraviesan -aspecto agravado con la explosión de la crisis como veremos más adelante-, sobre todo si se tiene en cuenta la alta cantidad dependientes. Con relación al costo de la canasta básica, el salario promedio apenas cubre el 41 % de su valor. En un trayecto de 10 años, el salario mínimo con relación a la canasta básica, según datos oficiales, apenas se ha elevado un 14.9 % (MEC. 2020a).

2. Percepción de los acontecimientos vividos en 2018

Las diversas respuestas expresadas por las obreras a lo largo de la investigación permiten establecer que la crisis, sobre todo en sus momentos más letales, la vivieron como una experiencia traumática, destacando reiteradamente el miedo y el terror como efecto directo de la ruptura violenta e intensa de su normalidad cotidiana. Para las trabajadoras de este sector, la crisis ha sido una sucesión de episodios de conmoción personal y colectiva que las llevó a ubicarse en un *antes* normal y un *después* traumático. “Era una Nicaragua bonita, tranquila [...] uno salía a las calles, por lo menos aquí en Managua uno se venía tranquilo, yo por lo menos ahora no salgo” (Inés).

A la pregunta de encuesta ¿cómo definen lo que pasó en abril de 2018?, si bien manifestaron una diversidad de razones muchas conectadas entre sí, las siguientes son centrales para comprender los alcances de estos episodios violentos. El 25.4 % de las consultadas definieron lo sucedido como una crisis de derechos humanos, al afirmar que fue una situación pésima en donde la población perdió sus derechos, expresión que puede dar cuenta de una sensación constante de desprotección, vulnerabilidad e impunidad frente al gobierno en los momentos más violentos de la crisis.

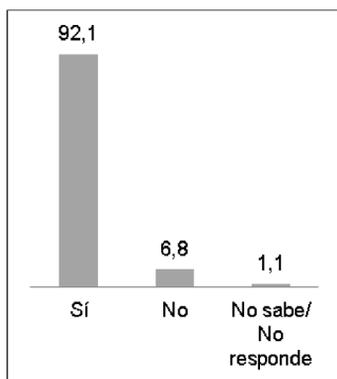
Gráfico 2. Las cinco principales definiciones de las obreras respecto de lo sucedido en 2018



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

El 18.3 % consideró que lo ocurrido fueron momentos cargados de tristeza, dolor e injusticia, lo que deja ver el efecto de angustia sistemática que provocó la crisis que coincide con un 9.3 % que expresó que “fue una *salvajada* cómo nos agredimos los nicaragüenses”. Esto permite considerar que para ellas los acontecimientos se vivieron también como una experiencia de bandos enfrentados donde se produjo una violencia considerable y lamentable. Las demás respuestas van desde el carácter inexplicable y de asombro de los hechos, la reafirmación del papel represivo de la policía y el efecto desestabilizador en todos los sentidos de la “Nicaragua normal y tranquila” que identificaron en sus relatos en grupos de discusión y entrevistas.

Gráfico 3. ¿Los hechos de abril 2018 tuvieron algún impacto o efecto en su vida?



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Por otro lado, si bien, existen diversos análisis y razones que explican por qué se produjo la actual crisis sociopolítica, las obreras adjudican la razón principal a la ausencia de escucha de las demandas populares por parte del gobierno, lo que provocó una acumulación de motivos que tuvieron su punto máximo en abril de 2018 y los meses siguientes.

En este sentido, este efecto de acumulación es expresado por el 28.5 % al hablar de “falta de atención de las demandas

del pueblo”. Un 20.3 % consideró que la crisis la desencadenó (directamente) las reformas inconsultas al seguro social y la represión de jubilados que protestaron entre el 16 y 18 de abril de 2018, lo que ratifica que estas reformas fueron la fase final de esa concurrencia de peticiones ignoradas. Otras respuestas que ilustran este efecto las expresó el 15.5 % de las obreras al decir que la crisis se dio (1) por falta de comunicación y entendimiento del gobierno con el pueblo o ausencia de diálogo; (2) porque el pueblo ya no soportaba injusticias y (3) por el descontento población/gobierno.

Un altísimo 92.1 % de las obreras manifestó que los hechos de abril han tenido algún impacto en sus vidas y un 6.8 % dijo que su vida no ha sido impactada. El alto porcentaje de obreras que señalaron haber sido impactadas permite deducir los alcances y la profundidad de la crisis iniciada en abril de 2018 en sus vidas y a la vez este porcentaje permite dimensionar el impacto del fenómeno en los sectores más desprotegidos de la sociedad nicaragüense, o sea, en la población económicamente no privilegiada.

Una obrera manifestó: “Muchas personas han enfermado de su salud física y psicológica, especialmente las que fueron afectadas directamente por la crisis. Aunque nosotras también estamos padeciendo de estrés, ansiedad y otros tipos de padecimientos por todo lo que vivimos o tuvimos que ver durante los meses más terribles” (Martha). La alta prevalencia de trabajadoras que dijeron sentirse afectadas a la vez verifica el carácter expansivo, sistémico, sistemático y generalizado de los efectos de la represión estatal.

3. Efectos de la crisis en los derechos laborales

La crisis sociopolítica afectó de manera directa el empleo. Según datos del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS, 2018, 2019) desde la explosión civil de abril se perdieron 235 mil cotizantes activos. En términos absolutos, en 2017, año anterior de la crisis, la cantidad de afiliados -que constituyen

la masa de nicaragüenses con empleos formales- representaba el 29.29 % del total la población ocupada del país. En 2019 la proporción descendió a 23.97 %. Por otro lado, el Consejo Superior de la Empresa Privada (COSEP) señaló que, como efecto directo de la crisis en 2018, se perdieron 417 mil puestos de trabajo entre formales e informales.

No obstante, a pesar de la pérdida en caída libre de empleos que se dio en 2018, el único sector que tuvo un crecimiento récord en ese año, inusitadamente, fue el de las maquilas de zona franca. A diciembre de 2018, la estatal Comisión Nacional de Zonas Francas informó que este sector había llegado a 124 mil puestos y el Banco Central de Nicaragua dijo que en diciembre de ese año se llegó a 125,550 puestos. Sin embargo, el empleo en ese ramo industrial ha decrecido aceleradamente: en 2019 se despidieron a 6100 personas y en 2020, a causa de la pandemia por COVID-19, en el marco de un acuerdo colectivo desfavorable a las y los trabajadores entre gobierno, patronales y sindicatos, se ha permitido despedir a más de 12 mil obreras.

El Banco Central en su informe de 2018 reportó que las zonas francas exportaron 1677.8 millones de dólares -la cifra más alta en cinco años- y de ese volumen, el 58.40 % correspondieron al rubro textil-vestuario. Lo anterior quiere decir que las obreras no dejaron de trabajar, incluso, en circunstancias donde sus vidas peligraron forzadas a cumplir metas de producción que se elevaron drásticamente.

3.1. Efectos en los centros de trabajo

En el marco de la crisis sociopolítica, a través de la información proporcionada por las obreras, se logró constatar que las condiciones históricas de explotación laboral se exacerbaron dramáticamente. La explotación de la salud física, a través de jornadas extenuantes y metas de producción inalcanzables, ha sido una práctica sistemática de las maquilas de zona franca ampliamente documentada por el Movimiento María Elena Cuadra.

Tabla 5. Efectos en los centros de trabajo

Efectos en el centro de trabajo	Porcentaje de casos
Disminución de plazas de trabajo o despidos	84.1%
Aumento de la carga de trabajo	46.6%
Reducción o eliminación de beneficios laborales	39.7%
Incremento de las metas de producción	37.2%
Reducción del salario	32.8%
Aumento de los padecimientos, enfermedades y trastornos provocados por el aumento de las metas de producción	25.2%
Incremento de las horas de trabajo	23.8%
Reducción del tiempo para ir al baño	17.9%
Reducción del tiempo para almorzar o alimentarse	15.2%
Contratación de solo de jóvenes	14.1%
Incremento del empleo solo para vigilantes	8.3%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

El 46.6 % manifestó que ha crecido la carga de trabajo, el 37.2 % que aumentó las metas de producción y el 23.8% expresó que las horas de trabajo se han elevado. Estos aspectos, estrechamente vinculados entre sí, permiten inferir que los empleadores se sirvieron de las circunstancias de la crisis para acrecentar las horas y las metas de producción que ya históricamente han sido excesivas, extensivas y deshumanizadas a través de la presión psicológica y el chantaje, como veremos más adelante. Este aumento de horas y cargas, en el contexto de violencia sistemática, impactó negativamente la vida de las mujeres con ampliación de episodios de estrés y angustia.

Por otro lado, un 39.7 % de las trabajadoras señaló que se han reducido o disminuido los beneficios laborales y un 32.8 % manifestó que sus salarios se han reducido. De acuerdo con testimonios que el Movimiento María Elena Cuadra pudo recoger en el XXI Coloquio de las Mujeres Trabajadoras en

marzo de 2019³, las obreras denunciaron que el aumento desmedido de metas de producción tenía como efecto directo que no pudieran acceder a incentivos pues no logran cumplir las metas impuestas y eso se veía reflejado en una disminución de los ingresos, lo que ha perjudicado aún más la calidad de vida y la de sus familiares.

3.2. Hechos vividos o presenciados en los momentos más difíciles de la crisis

Las trabajadoras de las maquilas de zona franca afirmaron que los momentos y problemas de desplazamiento del trabajo a casa y de casa al trabajo, fueron escenarios donde vivieron o presenciaron la crisis. Los hechos de violencia se desarrollaron sobre todo en las vías públicas. En los tiempos de mayor convulsión, el transporte colectivo quedaba fuera de servicio, generalmente, en horas de la tarde. Esta suspensión provocaba gran angustia a las obreras quienes tenían que caminar por ejemplo ocho kilómetros hasta los parques industriales que, se encuentran en las áreas suburbanas de los municipios bajo estudio.

Tabla 6. Hechos vividos en el centro de trabajo en los momentos más difíciles de la crisis

Hechos vividos en el centro de trabajo	Porcentaje de casos
Contratiempos para llegar al centro de trabajo	57.1%
Angustia por no encontrar transporte para ir al trabajo	40.0%
Temor a perder el empleo	40.0%
Angustia por no encontrar transporte para regresar a casa	38.5%

³ El coloquio de las mujeres trabajadoras es una instancia de participación democrática para la reflexión y análisis del contexto del avance y estado de los derechos laborales y de género de las maquilas en la que participan más de ochocientas obreras provenientes de decenas de empresas de este rubro. El coloquio es organizado anualmente por el María Elena Cuadra el primer domingo de marzo en saludo al Día Internacional de la Mujer.

Hechos vividos en el centro de trabajo	Porcentaje de casos
Llegadas tarde al trabajo que se convirtió en menos ingresos	37.9%
Robos en el trayecto de mi casa-trabajo-casa	19.1%
Todas las anteriores	16.2%
Ninguna de las anteriores	8.8%
Otras	4.1%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Por otro lado, Vukelich (1993) ha calificado a las maquilas como campos de concentración por la rigidez disciplinaria en cuanto a horarios, control de los cuerpos, los movimientos y en general, cualquier actividad desarrollada en las fábricas. Los testimonios de las obreras dan cuenta de una absorción incluso de la realidad pues están obligadas a trabajar ininterrumpidamente sin importar la gravedad de lo que esté sucediendo fuera de las paredes fabriles. La explosión de la crisis el 18 de abril de 2018 aumentó esta lógica absorbente propia de estas labores inhumanas. Cuerpos extraídos de la convulsión nacional por un sistema laboral altamente exigente y cercenador de ser parte activa de los momentos cruciales de la sociedad. María relató vívidamente cómo fue el inicio de la crisis desde la fábrica:

Resulta que ese día yo llevé el celular al área de trabajo escondido entre mi ropa y en un momento revisé el Facebook y vi lo que pasaba. Llamé a mi hija y a otras compañeras y les enseñé las noticias. Fue un gran susto y aunque preguntamos a los supervisores, ellos respondieron que no era nada grave. Yo dije: “Se vino la guerra y nosotras aquí”.

El 57.1 % de las obreras destacó que vivió contratiempos para llegar a los centros de trabajo, el 40 % expresó que sentía angustia por no encontrar transporte para ir a la empresa y el 37.9% experimentó llegadas tarde que se convirtieron en menos ingresos. El clima generalizado de convulsión, el temor de ser

víctimas de las ejecuciones extrajudiciales y la preocupación por sus familiares dejados en casa fue testimoniado por otra obrera que dijo: “Yo salía a trabajar a las 4.00 AM para poder caminar y agarrar un bus, y todavía con el temor de estar trabajando y que podía suceder una desgracia [...] no podía trabajar tranquila por estar pensando en mi hija; uno baja el rendimiento porque no estaba concentrada en lo que estaba haciendo” (Aleida). Otra obrera relató que “para [el tiempo de] los *tranques* [piquetes permanentes], caminábamos bastante para ir a trabajar de ida y regreso, era cansado para llegar a trabajar, *los vagos* [atracadores] en los caminos nos tiraban morteros, y nos amenazaban”.

Otro 19.1 % dijo que presencié robos en el trayecto de su casa al trabajo y viceversa y el 4.1 % vio enfrentamientos en las calles mientras iban a sus casas/trabajo. Respecto de la violencia en las calles, las obreras vivieron experiencias muy difíciles. Una trabajadora declaró que el día “que comenzó todo”, fue testigo de una compañera herida en enfrentamientos cerca de la Universidad Nacional Agraria, en el extremo noreste de Managua:

“El día que comenzó todo, yo venía saliendo con una compañera de trabajo, al salir, vimos que no había bus para trasladarnos y comenzamos a caminar. Cuando llegamos por la [universidad nacional] agraria, se estaban agarrando [enfrentando] a morteros [bombas artesanales de pólvora]. Al pasar nosotras, dispararon un mortero y salieron pedazos de vidrio, hierros y clavos; en ese momento, mi compañera fue herida en la pierna izquierda, para seguir el camino yo tuve que ayudarla, hasta que un señor nos dio raid en una camioneta, nos llevó a su casa y la logramos estabilizar y se recuperó para continuar” (Ariana).

Por otra parte, el 40 % de las trabajadoras experimentaron temor de perder el empleo, sobre todo, por ser el único sustento de la familia. Carmen relató en un grupo focal:

“Valoré la posibilidad de renunciar, pero mi esposo tenía un año sin empleo y mi hijo de 20 años en la misma y sin estudiar por falta de recursos en la familia. Esos días, lo

más triste, es que teníamos que esconder a mi muchacho para que no se lo llevaran y después, yo dándome cuenta de que mi hijo me dice: “Ni cuenta te das, yo me tomé unas pastillas, no quiero vivir [...]”.

3.3. Aumento de la violencia laboral y el acoso sexual

Las trabajadoras de las maquilas expresaron que a causa de la crisis se disparó la violencia laboral, destacándose la presión psicológica para cumplir con metas en un 55.2 %, seguramente utilizada para que las obreras cumplieran con las metas excesivas solicitadas en los días más violentos de la crisis. Lo anterior está vinculado con el 21.6 % que dijo haber sido presionadas a realizar horas extras y un 18.6 % que señaló fueron obligadas a realizar labores que no estaban contempladas en sus contratos.

Tabla 7. Situaciones de violencia laboral que aumentaron con la crisis

Situaciones que aumentaron con la crisis	Porcentaje de casos
Presión psicológica para cumplir con metas excesivas	55.2%
Maltrato verbal	38.6%
Presión para quedarse en horas extras	21.6%
Chantaje para renunciar al puesto de trabajo	19.9%
Presión para hacer labores que no son parte del contrato	18.6%
Acoso sexual	7.5%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Otros hechos graves de violencia laboral denunciados por las obreras, es que un 38.6% consideró que el maltrato verbal aumentó y 19.9 % fueron chantajeadas para renunciar al puesto de trabajo. Las trabajadoras señalaron, en entrevistas y grupos focales, a los supervisores como responsables de diversos tipos de maltrato y chantaje. Una obrera relató que “en algunas

empresas los supervisores o jefes nos cobran *mordidas* [sobornos] y/o chantajes cuando necesitamos ir a una cita médica. También hacen comentarios amenazantes sobre despedirnos si nos quejamos del maltrato y todo lo que sufrimos en la empresa”.

Finalmente, el 7.5 % estimó que el acoso sexual creció a partir de abril de 2018, que no debe entenderse que antes no existía. Estos hechos son alarmantes porque tanto la violencia laboral como el acoso sexual son tipificados como delitos en la legislación penal de Nicaragua; no obstante, está claro que se cometen con el conocimiento pleno de los empleadores tal como se concluyó en el estudio “Situación de la violencia laboral y sus implicaciones de género en Nicaragua” (2017), elaborado por el Movimiento María Elena Cuadra. Este estudio determinó que las obreras no denuncian los casos de violencia laboral y acoso sexual por el temor de ser despedidas en el marco del clima de impunidad que prevalece en las maquilas ante los reclamos de las trabajadoras.

4. Efectos en la situación económica familiar

La pobreza ha crecido vertiginosamente por la debacle económica producida por la crisis sociopolítica y el mal manejo gubernamental del COVID-19. Los órganos internacionales como el Banco Mundial previo a 2018 habían reconocido los esfuerzos del gobierno en la reducción de la pobreza. FUNIDES (2018) anota que las personas en situación de pobreza se redujeron a 20.3% en 2017, el porcentaje más bajo registrado en los últimos 27 años. No obstante, por la profundización de la crisis tanto política como económica, el organismo de pensamiento indicó que en el escenario más difícil la pobreza abarcó 36.9% durante 2020, es decir, un aumento de 16% en apenas 3 años, lo que da cuenta de la profundidad de las consecuencias de la gestión política-económica del gobierno en la crisis y la pandemia (FUNIDES, 2020).

La voz de las obreras en las entrevistas y los grupos focales reafirmó que la situación económica familiar ha empeorado. Las

obreras, de manera unívoca construyeron una relación directa entre la crisis y sus espirales de violencia, el desmoronamiento de la economía nacional y la reducción drástica de la calidad de vida familiar, la que verifican y lamentan en su imposibilidad para poder cubrir las necesidades de quienes dependen de ellas. Las obreras así lo expresaron:

“El país se ha visto en las ruinas económicamente, socialmente ya no tenemos empleo, la canasta básica está elevada, ya los estudiantes no estudian tranquilos, y todos caminamos con temor, ya no tenemos un país de paz” (Paula).

“Está cara la luz y el agua, el arroz y los frijoles, todo caro, no hay trabajo, hay muchas personas buscando trabajo, pero no hay; con el salario que ganamos no ajustamos en nuestro hogar, y a veces no suplimos las necesidades de nuestros hijos en el colegio, queremos más trabajo en nuestro país, y que todo se mejore para vivir dignamente y salir a la calle sin miedo” (Ana María).

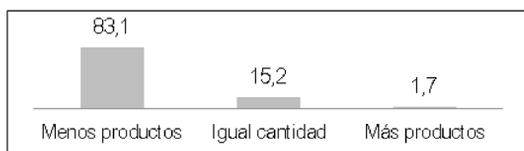
4.1. La economía familiar y poder adquisitivo han desmejorado

Se preguntó en la encuesta a las obreras si la situación económica familiar mejoró, siguió igual o desmejoró como efecto de la crisis. Más de la mitad de las consultadas, el 57.7 %, dijo que su situación había empeorado; el 34.9 % que se mantenía igual y un 7.3 % que había mejorado. Por supuesto, todo este segmento social se ubica en la franja de pobreza y la relación entre las que consideran que “empeoró” y los que “se mantiene igual” es un reflejo de esa migración de pobreza general a extrema.

A pesar de que el 56.6 % de las obreras afirmó que su ingreso por el trabajo realizado en las maquilas es el mismo que antes de abril de 2018, el poder adquisitivo se redujo significativamente, puesto que cuando se preguntó si con su salario puede comprar más, igual cantidad o menos productos de la canasta básica, el 83.1 % dijo que menos productos, 15.2 %

estima que compra igual cantidad de productos, pero a precios más altos y el restante 1.7 % dijo que más productos.

Gráfico 4. Cuántos productos pueden comprar



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Tabla 8. Variación del ingreso con respecto al obtenido antes de la crisis

Variación del Ingreso	Frecuencia	Porcentaje
Es el mismo	201	56.6
Disminuyó	126	35.5
Aumentó	23	6.5
No sabe/ No responde	5	1.4
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Las obreras, al referirse a la crisis, constantemente hicieron mención tanto a la violencia, como a la economía y su capacidad de adquirir los productos de la canasta básica, lo que se traduce en una comprensión de los hechos ocurridos desde abril con efectos tan potentes que han repercutido en las dinámicas de adquisición de los bienes comestibles y de aseo básico que, a fin de cuentas, hace parte del ámbito privado de las relaciones personales. Las obreras compartieron sus relatos así:

“Fue algo impactante, horrible, atropello a los derechos humanos. La economía cayó demasiado y la canasta básica subió[...] El desempleo también impactó demasiado por eso que pasó. Algunos comerciantes mantienen precios por consideración a los consumidores” (Mirta).

“Antes la canasta básica estaba supuestamente estable, hoy todos los precios están súper elevados, no hay aumento en los salarios, pero la canasta básica va para arriba cada día” (Mercedes).

4.2. Aumentaron las dificultades económicas con la crisis

Tabla 9. ¿Ha atravesado momentos difíciles en la economía familiar a partir de la crisis de abril 2018?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Sí	303	85.4
No	47	13.2
No sabe/ No responde	5	1.4
Total	355	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Las dificultades económicas en la familia en el marco de la crisis no se han hecho esperar. El 85.4 % de las obreras indicó que han atravesado momentos difíciles en la economía de sus familias a partir de la crisis de abril de 2018. Esto no significa que venían de un estado económico satisfactorio o solvente (basta con revisar el nivel de cobertura de la canasta básica el cuál ha sido negativo históricamente), sino que con la crisis su situación en la dimensión económica se hizo más compleja. De esta proporción, más de la mitad (el 66.6 %) de las obreras tuvieron que recurrir a otras actividades o trabajos adicionales al de la maquila para generar ingresos que le permitieran cubrir parcialmente los gastos familiares.

5. Efectos en la salud de las obreras

Los eventos ocurridos desde abril de 2018 incidieron directamente en las obreras incluyendo alteraciones en su estado físico y emocional. Angustia, terror, miedo, estrés, tristeza, insomnio y otro sinnúmero de manifestaciones forman parte de la larga

lista mencionada por las obreras. El 79.7 % de las 355 mujeres encuestadas afirmaron que la crisis sociopolítica y todos los hechos que conllevan, han tenido algún efecto directo en ellas. La descripción de los efectos en la salud física y mental de las obreras puede dar cuenta de cómo la crisis sociopolítica, al ser una sucesión de eventos con alcances totales, afectó extensivamente a los sectores económicos más vulnerables de la sociedad nicaragüense, contra quienes la escalada represiva fue especialmente intensa.

5.1. Efectos en la salud física

Más del sesenta por ciento (60.8 %) de las mujeres obreras dijeron que su salud física desmejoró con respecto a su estado anterior al 18 de abril. Un restante 39.2% consideró que su salud física se mantuvo igual que antes de la crisis. Esta diferencia entre las mujeres que percibieron un impacto directo en ellas y las que sintieron que su salud desmejoró, se debe en parte a que el daño más sentido se ubica en la dimensión psicosocial.

En la búsqueda de las razones a la respuesta anterior, se les preguntó a las 216 obreras de la maquila que afirmaron que habían experimentado cambios en su salud, por qué consideraban que su salud física había desmejorado. Las respuestas entre las mujeres que participaron en los grupos focales y entrevistas no difieren de lo que afirmaron las encuestadas. Sencillamente se complementan y ayudan a tener una visión más completa de cómo justificaron los cambios experimentados en su salud física.

Entre las cinco manifestaciones sensoriales más experimentadas por las obreras se encuentran: los dolores físicos, mencionados por el 35.2% de las consultadas; el estrés, indicado por el 20.4%; los problemas de presión (referido a la presión arterial), el 8.8%; el agotamiento físico y la sensación nerviosa, experimentado por el 6.5%, respectivamente; el insomnio o pérdida de sueño, vivido por el 5.1%.

5.2. Efectos en la salud mental

Tabla 10. ¿Por qué considera que mejoró o desmejoró su salud mental?

¿Por qué considera que mejoró o desmejoró?	Frecuencia	Porcentaje
Sentía mucho miedo	113	40.2
Me sentía nerviosa e insegura	60	21.3
Me daba tristeza y ganas de llorar	28	9.9
Me sentía y aún me siento traumada	15	5.3
Emocionalmente me siento mal	12	4.3
Sentía angustia	12	4.3
Tuve mucha depresión	12	4.3
Insomnio y pesadillas	9	3.2
Fallecimiento de un familiar, amigo o vecino vinculado en el marco de las protestas	7	2.5
Sentía mucha ansiedad	5	1.8
Tenía ataques de pánico	4	1.4
Sentía desesperación	3	1.1
Me sentí muy bien	1	0.4
Total	281	100.0

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Diversos especialistas en salud mental advirtieron desde los primeros meses de la crisis sociopolítica iniciada en abril 2018, que las afectaciones psicológicas de los sucesos conexos serían de gran proporción y que se mantendrían vigentes incluso, hasta en generaciones siguientes. Así mismo, la CIDH en el informe sobre la situación de Nicaragua indicó que la

salud mental y bienestar emocional de la población está siendo gravemente afectada por el contexto actual de violencia, hostigamiento, amenazas y represión. Además, calificó la crisis como un evento “traumático” que, según los testimonios que recibió, se manifiesta en el cuerpo de las personas con intenso estrés, extremo sufrimiento, ansiedad, humillación y

cambio radical en las vidas de las víctimas sobrevivientes y sus familiares.

Estas manifestaciones fueron confirmadas por el 78.9 % de las obreras que participaron en la investigación y ratificaron que su estabilidad psicosocial desmejoró como efecto directo de la crisis en sus cuerpos. Este resultado es superior en 18.1 puntos porcentuales al grupo de mujeres que declararon afectaciones en su estado de salud física, lo cual es consistente con las advertencias de los especialistas y las afirmaciones de los organismos internacionales especializados en derechos humanos.

6. Efectos en el ambiente familiar y comunitario

De acuerdo con los resultados, este entorno fue afectado en el 65.9 % de los casos. La pérdida de empleo (88.4 %), la emigración por falta de trabajo o por seguridad personal (45.3 % y 41.4 % respectivamente), el incremento de los conflictos familiares (31.0 %) y el aumento de los episodios de violencia contra la mujer (23.3 %) son los efectos más sentidos (ver tabla 11).

Tabla 11. Efectos en el ambiente familiar

Efecto en el entorno familiar	Porcentaje de casos
Algunos familiares quedaron sin trabajo	88.4%
Algunos familiares emigraron en busca de trabajo	45.3%
Algunos familiares emigraron porque consideraron inseguro el país	41.4%
Aumentaron los conflictos familiares	31.0%
Aumentaron los episodios de violencia contra la mujer	23.3%
Mis familiares perdieron citas y atenciones médicas	22.8%
Detuvieron a un familiar	15.0%
Mis hijos se salieron de clases	14.6%
Otros	4.3%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Lamentablemente, todos estos efectos externos de la crisis han impactado negativamente y roto los vínculos afectivos, de solidaridad material, circunstancias que afectan directamente a las mujeres a quienes se las socializa para cuidar del núcleo de convivencia. La pérdida de empleo se traduce en limitación de recursos económicos que impedirán la cobertura tanto de necesidades básicas y disminución en gastos como la educación de niñas, niños y adolescentes.

6.1. Más tareas en el hogar

La carga de tareas y responsabilidades es otro aspecto que sufrió consecuencias. dentro del entorno familiar. Si tradicionalmente las mujeres cargan con múltiples labores que consumen todo su tiempo y energía, la migración de familiares y la reducción de los recursos económicos (en el mejor de los casos por disminución de los ingresos y en el peor por la pérdida total a causa del desempleo), han contribuido a que la agenda de la mujer tanto fuera como dentro del hogar crezca en el número de obligaciones. En este sentido, se puede confirmar que, al menos un 47.6 % de las mujeres, han asumido una cantidad mayor de tareas después de los acontecimientos de abril 2018.

Tabla 12. ¿Por qué ha tenido que asumir más tareas y obligaciones?

Razones por las que asumió más tareas	Porcentaje de casos
Pues como ya no puedo pagar a alguien que me ayude, tengo que hacer las tareas de la casa	60.7%
Como tuvieron que migrar algunos familiares ahora tengo que cuidar de niños y adultos mayores	25.0%
Porque el familiar que me ayudaba migró, hago más cosas en el hogar	20.8%
Porque ahora tengo un familiar que cuidar que se enfermó por la crisis	13.7%
Otras	16.0%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC

Se solicitó a las 169 obreras de la maquila que dijeron haber asumido más tareas en el hogar que compartieran las razones y el 60.7 % de los casos indicó, “pues como ya no puedo pagar a alguien que me ayude, tengo que hacer las tareas de la casa”. Para otro 25.0 % de las mujeres, la migración de algunos familiares hizo que su carga de responsabilidades dentro el hogar ahora sea mayor, siendo el cuidado de niños y adultos mayores una de las tareas específicas más comunes.

Merece especial atención el hecho que cuando se efectuó el levantamiento de información, al menos el 13.7 % realizaba labores de cuidado de personas que enfermaron producto de la crisis. Esto incluye personas que accidentalmente sufrieron heridas, golpes, torceduras, etc., sin haber participado necesariamente de forma activa en las protestas sino por un asunto estrictamente circunstancial, por ejemplo, que estuviese en medio de enfrentamientos cuando se trasladaba de su casa al trabajo o viceversa. También incluye casos en los que los familiares se desestabilizaron tanto emocionalmente que sus problemas han desencadenado padecimientos y trastornos físicos. Por supuesto, aquí se circunscriben en menor medida, aquellos casos en que los familiares de las obreras de la maquila participaban activamente en las protestas y sufrieron afectaciones físicas producto de la actividad de represión.

6.2. Aumento de la violencia contra la mujer

Tabla 13. ¿Por qué considera que aumentó la violencia hacia la mujer?

¿Por qué aumento la violencia?	Porcentaje de casos
La policía no presta mucha atención a las denuncias por violencia contra la mujer	71.9%
Muchos hombres se aprovecharon de la situación para ser más violentos	59.2%
La tensión de ese momento influyó para que los hombres actuaran con mayor violencia	54.2%
Otros	5.0%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Cuando se indagó sobre cómo la crisis sociopolítica afectó el ambiente familiar y su entorno, el 23.3 % citó el incremento de los episodios de violencia contra la mujer. Al ser el ambiente familiar, la comunidad más inmediata con la que se comparte todo el tiempo y de la que se forma parte, esto significa que por lo menos en uno de cada cuatro hogares de las consultadas se experimentó este tipo de situaciones.

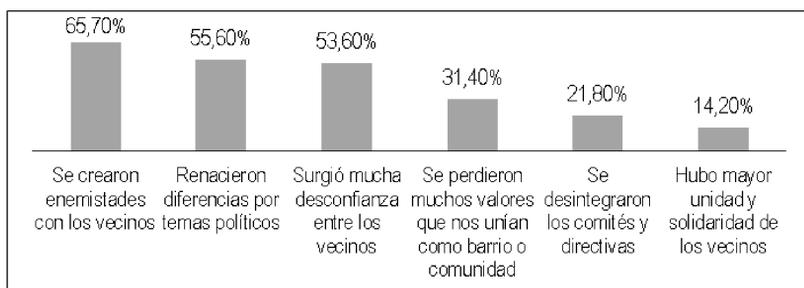
Sin embargo, cuando se preguntó si ellas consideraban que si en general, la violencia contra la mujer había aumentado con la crisis el 73.8 % respondió que sí, es decir, casi tres cuartos de las encuestadas comparten esta percepción. La percepción general de que la violencia aumentó está fundamentada en tres razones principalmente, a saber: (1) la policía no presta mucha atención a las denuncias por violencia contra la mujer, mencionada por el 71.9 % de las encuestadas; (2) muchos hombres se aprovecharon de la situación para ser más violentos (59.2 %) y (3) la tensión de ese momento influyó para que los hombres actuaran con mayor violencia (54.2 %).

Es evidente que la falta de atención por parte de la policía encabece estas razones, por cuanto desde antes de la crisis la institución del orden público había desarticulado la ruta de atención de los casos de violencia y con la crisis son otras las tareas que ocupan un lugar privilegiado en la agenda de trabajo de la entidad uniformada.

6.3. Efectos en la comunidad

Las familias y comunidades requieren de interactuar constantemente generando múltiples relaciones por el simple hecho que están conformadas por seres dialogantes; sin embargo, estas relaciones pueden verse interrumpidas por eventos como los ocurridos desde el 18 de abril de 2018, tal y como se evidenció en la investigación donde el 67.6 % afirmó que la crisis vivida en Nicaragua ha provocado cambios en la relación con su comunidad, frente a un 28.7 % que afirmó que no se ha producido cambio alguno.

Gráfico 5. ¿Cómo cambió la relación con su comunidad?



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Al examinar cuáles fueron los cambios producidos por la crisis el 65.7 % de las mujeres afirmaron que se crearon enemistades con los vecinos, el 55.6 % reconoce que renacieron diferencias por temas políticos, lo que provocó mucha desconfianza entre los vecinos (53.6 %) y a la vez la pérdida de muchos valores que las unían como barrio o comunidad (31.4 %). La pérdida de valores y la desconfianza conllevó también a la desintegración de comités, directivas y otras expresiones organizativas en los barrios, lo cual fue afirmado por el 21.8 % de las mujeres consultadas.

Todos estos cambios ocurridos en la dinámica comunitaria o vecinal han evidenciado la fractura o ruptura del tejido social en el cual se sustenta en gran medida la capacidad de respuesta y resiliencia de una población ante eventos estresantes o traumáticos. Desde la voz de las mujeres entrevistadas se pudo escuchar: “Durante la crisis, yo lo viví muy mal porque mi niña chiquita estaba enferma, fui asediada por la policía y los paramilitares. Después todo el barrio se unió y nos organizamos para defendernos de los encapuchados y que llegaban al barrio a quererse llevar a los chavalos, eso era después de las diez de la noche [...]” (Shirley).

A pesar de existir la percepción generalizada de que las muestras de compasión, solidaridad y sororidad en el marco

de esta crisis son estigmatizadas, criminalizadas e incluso judicializadas por el gobierno, es significativo que el 14.2 % de las obreras indicaran que hubo mayor unidad y solidaridad de los vecinos. La puesta en práctica de estos valores coloca en mejores condiciones a la comunidad para enfrentar y dar respuestas más inclusivas ante cualquier crisis, a pesar de la polarización que emergió después del 18 de abril. Una evidencia de esto, la aportaron las participantes de los grupos focales, a través de su testimonio: “Todos los barrios del sector se unieron para cuidarnos, eso lo hacíamos sin que nadie nos dirigiera y la gente se armaba de piedras, palos, latas viejas, *pailas* [sartenes] y se tomó la decisión de hacer las barricadas” (Rita).

Los testimonios de las obreras sobre cómo afectó la crisis a sus familiares, especialmente a las niñas, niños y adolescentes, es dramática. En algunos relatos puede notarse el estado de polarización que la crisis generó en la sociedad nicaragüense, creando aislamiento de las personas consideradas como “golpistas” u “opositoras” por el gobierno y sus simpatizantes:

[...] yo tengo un hijo de 19 años y como ellos [las fuerzas del gobierno] armaron a los vagos del todo el sector del Reparto Schick [sur de Managua], llegaban en la noche o madrugada a disparar y mi hijo hasta que temblaba del miedo, lo tuvimos que esconder debajo de la cama porque ellos se los querían llevar y nos tuvimos que separar de los hijos. Lo mandamos por un buen tiempo, más adentro de la entrada a Las Colinas porque allí [no] pasaban los militares [...] eso para mí fue doloroso” (Margarita).

“A mis hijos les afectó porque ahora la directora del colegio les dice golpistas, terroristas y se refieren a ellos como: “estos son los golpistas y liberales del barrio” (Perla).

“Para mí fue terrible. [...] En la noche llegaban buses con hombres encapuchados. Tenía miedo por mis hijas ya que decían que esos encapuchados llegaban y las violaban. En el apartamento que alquilamos pusimos en la entrada el ropero y escondimos los cuchillos. Aunque también

se podían subir por el techo, mi hija pequeña como es *enfermita* [con síndrome de Down] lloraba y gritaba” (Azucena).

Las pérdidas de familiares asesinados o fallecidos en el exilio afectaron especialmente a las mujeres. Una obrera, por ejemplo, relató con crudeza la desaparición de su hermano, la ejecución de su primo y la violencia con que la policía irrumpió en su casa, agrediendo a su abuela, una adulta mayor:

“Mi hermano estuvo preso y ahorita anda perdido [desaparecido], lo he ido a buscar a la policía y no está. Después de aquí salgo a buscarlo nuevamente. Yo pienso que él [el presidente Ortega] debería de parar, ya las madres no aguantan [...] A un primo mío también lo mataron y a otro muchacho que yo conocía lo mataron. A mi hermano se lo llevaron preso un primero de julio, a mí me pegaron y a mi mamita [abuela] la aventaron [lanzaron] por allá. A mis hijos los sacaron de la casa apuntándoles con un AK. En este oído todavía me sale un líquido. Nosotros salimos con miedo a la calle, porque nos siguen vigilando” (Gloria).

7. Percepción sobre el futuro del país

7.1. Esperanzas de que se supere la crisis

Pese a que la lectura del estado actual de la crisis que hacen las obreras no es positiva, el 78.3 % de ellas tiene esperanzas de que se supere. Esto deja en evidencia que la pérdida de esperanza no asoma al pensamiento de las trabajadoras, se sobrepone el optimismo al desgaste que pudiese estar capitalizando la falta de respuesta a este problema que afronta todo el país desde el año 2018. Ese optimismo no es compartido por el 8.2 % de las obreras que dijeron no tener ninguna esperanza de que cambie o se mejore la crisis. A esta proporción se podría unir un significativo 13.5 % que no respondió o no quiso expresar una respuesta en este tema.

7.2. La vida de las obreras una vez superada la crisis

Tabla 14. ¿Cómo imagina su vida y la de su familia una vez superada la crisis?

Respuestas	Porcentaje de casos
Sin preocupación, sin angustia	69.9%
Con más oportunidad de trabajo	50.3%
El retorno de familiares y amigos que emigraron a causa de la crisis	25.0%
Superada las diferencias entre los miembros de la familia	24.4%
Igual que antes de abril 2018	17.9%
Otro	3.4%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Las expectativas de las obreras de la confección una vez que se supere la crisis sociopolítica es que su vida sea tranquila, sin preocupaciones (69.9 %) y con más oportunidades de trabajo (50.3 %).

Sin duda alguna, estas dos condiciones están directamente conectadas con sus experiencias individuales y colectivas vividas en la etapa más compleja de la crisis, momento en el que, según sus respuestas, su salud psicosocial había desmejorado a causa de las preocupaciones y el miedo por alto nivel de inseguridad y gran temor a perder el empleo.

Asimismo, una de cada cuatro mujeres refiere que, resuelto este problema, imagina el retorno de familiares y amigos que emigraron a causa de la crisis (25 %) y de superación de las diferencias entre los miembros de la familia (24.4 %). Otro 17.9 % indicó que imaginan su vida similar o igual que antes de abril 2018.

7.3. Imaginar al país después de la crisis

Tabla 15. ¿Cómo imagina la vida del país una vez superada la crisis?

Respuestas	Porcentaje de casos
Con más seguridad en las calles	71.6%
Con oportunidades de trabajo	75.9%
Mayor respeto a las leyes e instituciones por parte de quienes ejercen el poder	40.4%
Con respeto de los derechos humanos	45.3%
Con leyes que hacen justicia a las víctimas de la crisis	37.0%
Otro	3.4%

Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

El respeto de los derechos humanos forma parte de las expectativas posteriores del 45.3 % de las mujeres obreras. Este resultado es consistente con la disposición de las mujeres a contribuir en la búsqueda de una solución mediante la promoción y del conocimiento de los derechos humanos en sus centros de trabajo, una condición que deberá ser aprovechada por el Movimiento María Elena Cuadra para el desarrollo de sus planes de trabajo.

También forman parte de la visión de futuro de este sector laboral mayor respeto a las leyes e instituciones por parte de quienes ejercen el poder (40.4 %), con leyes que hagan justicia a las víctimas de la crisis (37 %). Es decir, las mujeres imaginan un país con un gobierno que genere empleos, que trabaje para mejorar la seguridad ciudadana, que sea respetuoso de los derechos humanos, respetuoso de las leyes e instituciones, pero que además garantice la justicia y reparación para las víctimas de la represión.

8. *Qué hacer para que los hechos de la represión no se repitan*

Gráfico 6. Las 10 principales acciones que debemos hacer para que los hechos no se repitan.



Fuente: Elaboración propia a partir de base de datos y encuestas facilitadas por el MEC.

Las acciones propuestas por mayor número de obreras son:

1. Exigir el respeto de los derechos humanos, principalmente el derecho de expresión y protesta (11.8 %),
2. Ser mejores electores (10.4 %),
3. Cambiar de gobierno (10.1 %),
4. Apoyarnos entre los mismos pobladores (7.9 %),
5. Establecer un diálogo gobierno y sociedad (6.8 %),
6. Solicitar apoyo a los organismos internacionales (4.2 %),
7. Tener más conciencia ciudadana y ser más tolerantes (3.9 %),
8. Decir NO a la violencia (3.7 %) y
9. Educarnos todos, principalmente a nuestros hijos (3.7 %).

Las obreras también se expresaron respecto de las garantías y otras medidas que deberían adoptarse para que los hechos de la crisis no se repitan. La plenitud de la democracia y la vigencia de los derechos humanos fueron mencionadas como pilares fundamentales para la no repetición. Es importante hacer notar que las obreras han señalado a la democracia como medida de no repetición no sólo en su dimensión institucional, sino como valor y forma de vida: “pensar y actuar con democracia”, opinó

una obrera en un grupo focal. En este nuevo entendimiento profundo de la democracia que proponen las obreras para una Nicaragua que no vuelva la violencia, añaden el diálogo como una herramienta superadora de los problemas:

“Utilizar el diálogo como una herramienta para superar los problemas” (Margarita).

“Hablar siempre con la verdad y mucho diálogo como sociedad y como país” (María José).

Las trabajadoras también reflexionaron insistentemente que el respeto a la constitución, las leyes y la prohibición de la reelección en los cargos populares son necesarios para la no repetición. Observar el respeto de las leyes y la no reelección como garantías de no repetición permite apreciar la conciencia que las trabajadoras de la confección tienen acerca de los problemas políticos que han aturcido constantemente al país. De manera especial, las obreras pensaron en cuál es el papel del Estado en este aspecto. Muchas de ellas son coincidentes en proponer la rearticulación de la policía nacional y, en general, plantean una renovación de las autoridades gubernamentales, así como la necesidad de reparación del daño causado a las víctimas de la crisis:

“Cambiar a la policía” (Jacinta).

“Hay policías que están ahí porque tienen que mantener a sus hijos, entonces al hacer limpieza en la policía, hay que valorar” (María Elena).

“En este momento lo mejor [que puede hacer el Estado] es mantener un diálogo” (Cintia).

“[el Estado debería] ponerse a pensar sobre el daño que hizo para no volver a caer en esa acción si no con el tiempo se van a desmoronar. Deben de tener en su mente soluciones para que esto no se repita. En la parte de la policía no deben volver reprimir al pueblo. La presidencia debe superar esto y pensar en el pueblo que es quien ha sido más afectado” (Nubia).

Conclusiones y algunas recomendaciones urgentes

Los resultados obtenidos en el diagnóstico, basados en las respuestas a encuestas y testimonios brindados a través de entrevistas individuales y grupales, generan evidencias suficientes para afirmar que, debido a las condiciones económicas del país y el contexto precario del empleo desde antes de abril de 2018 en Nicaragua, las obreras de las maquilas ya vivían situaciones complejas, traumáticas y estresantes y que al explotar estos hechos las sobrepasó física y emocionalmente, atravesando hasta este momento un estado de estrés caracterizado por el dolor, la indignación, la desesperanza y la frustración.

Por un lado, la inestabilidad económica del país y la precariedad de sus empleos las obliga a continuar enfocadas en mantenerse en sus puestos de trabajo, independientemente de que se respeten o no sus derechos laborales o sobrellevando todos los riesgos que implica movilizarse desde el hogar hasta el centro de labor o viceversa, bajo condiciones de inseguridad extrema como las experimentadas por ellas entre los meses de abril y julio de 2018. El hecho de que en muchos casos sean las únicas personas que tienen un empleo en sus unidades familiares las lleva a aferrarse a sus trabajos y coexistir con los síntomas propios de las experiencias traumáticas que todavía viven.

En consecuencia, estos hallazgos permiten recomendar la realización de acciones de corto, mediano y largo plazo para un efectivo acompañamiento psicosocial, que las repositone políticamente como sujetas de sus propios procesos de cambio y sanación individual y colectiva con el respaldo de su organización.

1. Sobre percepción de los acontecimientos vividos se recomienda:

1.1. Realizar diversas acciones, entre ellas procesos de recopilación e instancias de reflexión y formación, para sistematizar y preservar los testimonios de lo acontecido y vivido por las obreras en todos los soportes posibles, a fin de contribuir con los procesos colectivos y comunitarios de

memoria histórica, como herramienta crítica de análisis del presente y el pasado del país.

1.2. Desarrollar acciones, entre ellas programas y otros procesos tanto individuales como colectivos para tratar las consecuencias psicosociales de la crisis sociopolítica en las obreras de la maquila con diversas herramientas integrales para la sanación individual, familiar, laboral y comunitaria de las heridas y traumas.

2. Sobre los efectos de la crisis en los derechos laborales se recomienda:

2.1. Elaborar una investigación específica que permita continuar conociendo cómo las relaciones laborales implantadas por el sistema de las maquilas, se extiende a otras áreas y relaciones de la vida de las obreras.

2.2. Elaborar una investigación específica para conocer cómo se han potenciado los problemas de salud osteomusculares después de abril de 2018, ante el alto porcentaje de obreras que señalaron un aumento de las metas de producción en este contexto. Con esta investigación se podría dar seguimiento a los resultados obtenidos en la investigación *Prevalencia de los trastornos musculoesqueléticos en población obrera de la maquila* finalizada por el MEC en febrero de 2018.

3. Sobre los efectos en la salud física y psicosocial de las obreras se recomienda:

3.1. En conjunto con las recomendaciones 1.1 y 1.2, realizar una investigación específica a fin de profundizar en el conocimiento de los efectos a largo plazo de los traumas expresados por las obreras y su relación con el ejercicio extensivo y opresivo de las labores en la maquila.

4. Sobre los efectos en la situación económica y familiar se recomienda:

4.1. Identificar y facilitar atención psicosocial y jurídica integrales y especializadas a obreras y familiares que han sido

víctimas directas de acciones como encarcelamiento, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, entre otras, en el marco de las protestas iniciadas en el mes de abril de 2018.

4.2. Promover la constitución de espacios de integración especiales –como redes y grupos de autoayuda– para aquellas obreras y sus familiares que han expresado, como consecuencia de la hostilidad comunitaria o gubernamental, haber adoptado conductas de auto aislamiento, esto con la finalidad de crear capacidades de resiliencia individuales y familiares.

5. Sobre los efectos en el entorno familiar y comunitario se recomienda:

5.1. En conjunto con la recomendación 1.2, se sugiere habilitar a las y los miembros de redes en barrios y comunidades y a defensoras de derechos laborales en las fábricas textiles con herramientas basadas en el tratamiento colectivo de las heridas comunitarias, para mitigar los efectos de la polarización política mediante un discurso y práctica basada en la cultura de paz y no violencia.

5.2. Conformar un mecanismo especial de monitoreo sobre los casos de violencia de género reportados al área jurídica y psicosocial del MEC a fin de identificar patrones de violación de derechos de las mujeres en el contexto de la crisis, ante los altos porcentajes de obreras que consideran que la violencia aumentó después de abril de 2018.

6. Sobre las esperanzas en un futuro mejor se recomienda:

6.1. En conjunto con la recomendación 1.1 y 5.1, se sugiere el desarrollo de programas permanentes y especializados en derechos humanos con el propósito de que las obreras conozcan y puedan contar con herramientas jurídicas para promover una cultura familiar, laboral y comunitaria basada en el respeto de los derechos humanos y en el conocimiento de los mecanismos nacionales e internacionales jurídicos e institucionales para la defensa efectiva de aquellos.

6.2. Seguir fortaleciendo los espacios existentes en los que las obreras puedan ser protagonistas directas de debates y propuestas para articular y pensar una cultura crítica de memoria histórica, de paz y derechos humanos como mecanismos de no repetición de los acontecimientos vividos en la actual crisis sociopolítica.

Hidrovia Paraná-Paraguay ¿Las aguas bajan turbias?¹

*Paraná-Paraguay Waterway. Do the waters
go down cloudy?*

Daniel Cieza²

Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 391-409

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e521>

Recibido: 01/04/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: El trabajo propone un estudio crítico de la denominada hidrovía del Paraná-Paraguay, por la que sale la mayor parte de la producción del Mercosur. Plantea una revisión de un tema de mucha actualidad en el que se debate la apropiación de los beneficios de las mercancías que circulan por la hidrovía, junto con la existencia de delitos vinculados al tráfico de mercancías legales e ilegales. Propone para solucionar estos flagelos el fortalecimiento de Fiscalías especializadas en delitos económicos vinculados al narcotráfico y a la evasión fiscal, así como el desarrollo de una inteligencia estratégica preventiva, son fundamentales. Concluye que es muy importante la coordinación de las Agencias fiscales del Mercosur a fin de detectar las “triangulaciones” de las grandes empresas granarias,

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Centro de Investigación en Derecho Crítico (CIDERCIT), Grupo de Investigación del proyecto bienal de investigación y desarrollo (UNLP, Proyectos I+D para los años 2020/2021), “*Poder judicial: Legitimidad y reforma. Del Lawfare al acceso*”, dirigido por el prof. Dr. Alejandro Medici.

² Profesor titular y Coordinador del Observatorio de Trabajo y Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Profesor de Sociología Jurídica e integrante del Centro de Investigaciones en Derecho Crítico de la FCJS-UNLP. Email: danielcieza22@gmail.com.

y resulta imprescindible una política regional en defensa de los recursos naturales y contra el narcotráfico.

Palabras claves: derechos, concesión, hidrovía, Paraná- Paraguay, corrupción.

Abstract: The paper proposes a critical study of the so-called Paraná-Paraguay waterway, through which most of Mercosur's production is transported. It proposes a review of a very current issue in which the appropriation of the benefits of the goods that circulate through the waterway is debated, together with the existence of crimes linked to the traffic of legal and illegal goods. In order to solve these scourges, he proposes the strengthening of Prosecutor's Offices specialized in economic crimes related to drug trafficking and tax evasion, as well as the development of a strategic preventive intelligence, are fundamental. It concludes that the coordination of Mercosur tax agencies is very important in order to detect the "triangulations" of large grain companies, and a regional policy in defense of natural resources and against drug trafficking is essential.

Keywords: rights, concession, waterway, Paraná-Paraguay, corruption.

I. Un escenario con múltiples controversias

Uno de los escenarios socio-económico que generan más controversias en la actualidad es la llamada Hidrovía Paraná-Paraguay. Así se denomina la cuenca del río de la Plata desde los años 90. Por allí sale casi toda la producción del Mercosur y están presentes gigantescos grupos transnacionales tanto legales como ilícitos. La Hidrovía comienza en el puerto de Cáceres, en Amazonia, Estado de Mato Grosso, y llega a Palmira en Uruguay. Atraviesa cinco países: Brasil, Bolivia, Paraguay, Argentina y Uruguay, y recorre 3.400 Km. La ruta fluvial empieza en río Paraguay, después confluye con el río Paraná, y allí, desde el punto de confluencia, hasta el río de La Plata, es territorio argentino. En la actualidad, el dragado y balizamiento del río Paraná lo lleva adelante la empresa Hidrovía S.A., consorcio integrado

por la empresa belga Jan de Nul y la argentina Emepa, que tiene contrato hasta 2021.

Uno de los temas en debate es la apropiación de los beneficios de las mercancías que circulan por la Hidrografía. En esta gran cuenca fluvial confluyen las dos cadenas de commodities más importantes de sud-américa, una de ellas con características especiales. Se trata de la cadena de la soja y de la cadena de la coca andina. Esta última circula ilegalmente como cocaína. Ambas cadenas generan millonarios beneficios. Pero los beneficios no se reparten en forma transparente y equitativa. Se cometen abusos y delitos en forma cotidiana. Hay ganadores y perdedores muy claros, y es necesario identificarlos.

Desde hace años, circulan denuncias sobre la falta de controles en la Hidrografía.³ Se considera que las acciones de las autoridades aduaneras y de las fuerzas de seguridad son insuficientes para neutralizar el accionar de grupos transnacionales del crimen organizado y diversas maniobras ilícitas de grandes empresas. En la Argentina se reclama una política de Estado para enfrentar el narcotráfico, el contrabando de soja, las maniobras para evadir cargas tributarias, y la pérdida de soberanía. Sobre esta cuestión hay un hecho evidente. Por la Hidrografía circulan, en su mayoría ilegalmente, mercancías cuyo valor anual puede estimarse en varios millones de dólares, en especial por el valor de la cocaína en los mercados europeos.

Otro de los temas en debate es la soberanía. Se supone que el tramo del río Paraná debe quedar bajo la soberanía argentina.

³ Hay denuncias, artículos y discursos de legisladores nacionales como Elisa Carrió (Carrió, 2010), de legisladores provinciales como Carlos del Frade (2016) o Aurelio García Elorrio (2013) y de periodistas de investigación como Daniel Santoro (2010) Daniel Enz (2015) o Gustavo Sierra (2014), que desde distintas orientaciones alertan sobre lo que sucede en la Hidrografía. En los Fundamentos de un pedido de informes del 16/7/2010 Carrió menciona apoyándose en artículos de Santoro una injerencia de Venezuela en la Hidrografía. Desde otra perspectiva Carlos del Frade y Gustavo Sierra denuncia el control de la hidrografía por parte de multinacionales granarías y cárteles extranjeros. García Elorrio alerta sobre la mafia calabresa Recientemente, el representante de UNODOC en Bolivia denunció que la hidrografía se consolida como ruta de la cocaína hacia Europa (La Razón, 7/1/2021, La Paz.).

Pero en los hechos surgen muchas dudas. En el sentido anterior es muy controvertida la licitación convocada por la concesión del dragado y balizamiento de la Hidrovía mediante el decreto 949/2020. También es controvertido la libre circulación de barcasas con bandera paraguaya, que podrían ser utilizadas para consumir ilícitos.

Asimismo, se discute la posible violación de derechos ambientales y sociales por parte de grandes empresas privadas que construyen puertos y terminales granarias sin los debidos controles. En Brasil y Paraguay se ha cuestionado obras de empresas como Cargill (Vicente, 2012).

Finalmente, otra de las controversias sobre la Hidrovía Paraná- Paraguay parece ser la carencia de una estrategia preventiva sobre el gigantesco poder de lobby –y de corrupción– que tienen algunos actores. Justamente, son los ganadores históricos en el usufructo de la Hidrovía los que disponen de una masa de dinero no registrado que posiblemente utilizan en millonarios sobornos.

En suma, pareciera que se repite la historia que describieran a mediados del siglo XX el libro “El río oscuro” de Alfredo Varela y la película “Las aguas bajan turbias” de Hugo del Carril. En aquél momento se denunciaba el trabajo forzoso en los yerbales. Hoy se denuncian otro tipo de delitos.

II. Lo que baja por el río

Se dice habitualmente que la mercancía más valiosa que circula por la Hidrovía es la soja, que transita ya sea como poroto, harina o aceite. Lo que no se dice es que por la Hidrovía circula otro commodity aún más valioso. La mercancía más importante, pero omitida en la mayoría de los papers académicos es la coca andina, convertida en cocaína. El historiador estadounidense, Paul Gootemberg ha realizado un minucioso análisis de la cadena de la coca andina y mostrado sus rutas principales, una de las cuáles pasa por la Hidrovía (Gootemberg, 2018, 2015).

Estudios de la Oficina de Naciones Unidas contra las drogas y el Delito confirman la vigencia de estas rutas.

En concreto por la Hidrografía transita en forma clandestina gran parte de la cocaína andina con destino a la Unión Europea proveniente sobre todo de Perú, Bolivia y Colombia. La cocaína andina, convertida en cocaína se dirige al mercado de la Unión Europea predominantemente por vía fluvial y marítima. Obviamente circula en forma totalmente ilegal. La Hidrografía se ha consolidado como la principal ruta hacia Europa según la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC, 2021). Los actores fundamentales de este tráfico ilícito son “mayoristas” que compran la cocaína en los países productores y lo trasladan hacia mercados de alto poder adquisitivo.

La soja proveniente de Argentina, Brasil, Paraguay, Bolivia y Uruguay, también baja por el río en busca de los puertos que la embarcan para la China o Europa. En la actualidad los países del Mercosur son grandes exportadores de soja. Se exportan anualmente alrededor de 170 millones de toneladas de soja que cotizan a unos 500 dls la tonelada. Desde los puertos del Mercosur se exporta porotos, harina de y aceite de soja. Pero en alguna proporción, difícil de establecer, la soja y sus derivados, circulan de contrabando. Como en la Argentina se aplica una retención, el mecanismo es trasladar en forma ilegal la oleaginosa a Paraguay, Uruguay o Brasil para evadir el impuesto. Se trata del delito de contrabando. En Argentina la tonelada de soja se paga al valor oficial del dólar menos 33% de retenciones. En Brasil se paga al valor dólar “negro” y sin la retención.⁴

⁴ Esta cuestión está documentada en investigaciones realizadas, entre otros por Sebastián Premici, y Rubén Manasés Achdjian publicadas en el diario Página 12. Pero además hay múltiples crónicas de diarios regionales que demuestran que en ciudades fronterizas de la provincia de Misiones como El Soberbio o San Vicente el contrabando de soja es parte de la vida cotidiana de los pobladores. Una parte de la soja producida en el norte de Argentina, llega en camiones a la provincia de Misiones y luego pasa al Brasil. Las crónicas de los diarios Primera Edición y El Territorio dan cuenta de frecuentes decomisos de cargamentos de soja con documentación adulterada. El régimen de importación temporaria permite que el industrial aceitero pueda deducir el valor de la importación de la materia prima de

Por la Hidrovía también bajan otras mercancías. Otros cultivos lícitos como el maíz e ilícitos como la marihuana, y minerales de hierro provenientes del Brasil o de Bolivia. Pero la discusión principal se refiere a la coca andina y a la soja, que son los dos principales commodities de Sudamérica.

Pero hay otro tema singular. La mercancía que baja por el río lo hace mayoritariamente en una flota de barcazas con bandera paraguaya, que es definida pomposamente como la tercera flota mundial del planeta. Lo que no se dice es que alrededor de la mitad de esas barcazas fueron traídos del río Mississippi, en Estados Unidos, y su radicación como embarcaciones paraguayas es muy controvertida.

III. Principales actores

Hemos dicho que en la Hidrovía hay ganadores y perdedores y que es necesario identificarlos. Para ello es necesario referirse a los principales actores, y mencionar a grupos que operan en la economía legal y en la economía ilícita.

Hay grandes actores visibles, aunque no todos muy notorios, y otros invisibles. Los principales actores visibles son las cuatro empresas granarias internacionales, conocidas como ABCD: ADN, Bunge, Cargill y Dreyfus. A estos hay que sumarle empresas de origen local como Amaggi de Brasil, o Vicentín de Argentina. Todas estas empresas han sufrido denuncias

la base imponible sobre la que se aplican los derechos de exportación que debe pagarle al fisco argentino, de modo tal que solo debe abonar el gravamen por el valor agregado del procesamiento industrial. Si la empresa lograra pasar de contrabando soja a granel a través de alguna de nuestras fronteras con destino a una filial o empresa asociada, por ejemplo, en Brasil o Paraguay, luego, importan legalmente esa misma soja, en carácter temporario, para producir aceite, venderlo al exterior y pagar derechos de exportación solo por la diferencia de precios existentes entre el aceite y la materia prima. Otra de las rutas del contrabando de soja por la hidrovía del Paraná son Barcazas que provienen de Asunción, Paraguay, son cargadas clandestinamente en pequeños amarraderos ubicados en Chaco o Santa Fé, y llegan al puerto de Rosario para exportar la oleaginosa como si fuera producida en Paraguay, es decir sin el impuesto del 33%

por violaciones graves de Derechos Humanos o actos de corrupción⁵...

Estas empresas reciben un capital importante de las nuevas instituciones financieras que invierten en la producción agrícola. Por ejemplo, se sabe que el fondo Black Rock tiene acciones en Bunge y que Dreyfus vendió cerca de la mitad de sus acciones a un fondo de Emiratos Árabes, o que Vicentín está vinculado al grupo GLENNCORE. Se trata del fenómeno conocido como “financiarización”. Esto refiere a la creciente participación en la producción agrícola, el procesamiento y la distribución por parte de una serie de instituciones financieras que nunca antes habían invertido en agricultura (Murphy et al., 2012)

Los actores invisibles son los “mayoristas” de la economía ilícita que compran la cocaína en los países productores y lo trasladan hacia mercados como la Unión Europea. En concreto, se trata de grupos transnacionales del crimen organizado con un gran poder. Distintos trabajos de investigadores del CONICET y otros Centros especializados han identificado claramente estas rutas y han descrito estos actores muy poco conocidos (Carbone, 2019, Sampo, 2018, 2019, Gimenez, 2018, Claus et al., 2017). En efecto, para estos investigadores académicos la ruta de la cocaína hacia Europa, el segundo gran mercado, pasa por la Hidrografía Paraná-Paraguay, y los actores fundamentales son las mafias italianas y los “Comandos” brasileños, y en especial

⁵ De destaca el libro de Dan Morgan “Los traficantes de Granos (1980) Más recientemente tres de los principales funcionarios de ADM, fueron condenados a una prisión federal en 1999. Además, en 1997, la empresa fue multada con 100 millones de dólares, la multa antimonopolio más grande en la historia de Estados Unidos en ese momento. Además, según el informe anual de ADM de 2005, se llegó a un acuerdo en virtud del cual ADM pagó DIs 400 millones en 2005 para resolver una demanda colectiva antimonopolio. En julio de 2005, el Fondo Internacional de Derechos del Trabajo llevó a juicio a Cargill, Nestlé y ArcherDaniels Midland (ADM) ante la Corte Federal de Los Ángeles (California) en representación de un grupo de niños de Malí que fueron traficados desde Malí hasta Costa de Marfil. (Vicente, 2012, Morgan, 1980) Tanto Bunge como Vicentín tienen juicios pendientes en Argentina por delitos de lesa humanidad contra trabajadores por represión en sus plantas en 1976. Blairo Maggi, dueño de la empresa AMAGGI es acusado de tala ilegal en Brasil.

la mafia calabresa o N'drangheta, el Comando Vermelho y el Primer Comando Capital de Brasil.

No hay dudas acerca de que la Hidrovía es una ruta privilegiada para el narcotráfico. Los últimos informes de expertos de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, terminan con la discusión⁶. La controversia empieza al identificar los intermediarios, o mayoristas. En diversos Pedidos de informes, los entonces diputados Carrió y Bulrich, apoyándose en periodistas como Daniel Santoro o Roberto Maturana, apuntaban a la injerencia de empresas venezolanas en la Hidrovía. Artículos recientes de Investigadores del COINICET como Carbone o Sampo se focalizan en actores, como la N'drangheta

Dice Rocco Carbone, investigador del CONICET y de la Universidad Nacional General Sarmiento, en un artículo reciente:

“De hecho, tal como señalé en *Mafia capital* (Buenos Aires, Luxemburg, 2019), hoy la ‘ndrangheta es *el* cartel europeo más potente que se ocupa del tráfico internacional de droga. Esta llega a Italia desde Afganistán, Medio Oriente y América Latina, especialmente, Colombia. En un artículo publicado en L'Espresso se proporcionan *muchas precisiones acerca del tráfico internacional de droga. Su fuente, entre otras, es la Direzione centrale antidroga* y señala que a nivel global el tráfico internacional de cocaína permite recaudar al menos “300.000 millones de euros por año por una producción total de más o menos 2.000 toneladas”, esto es, 2 millones de kilos. “Según los cálculos de la Europol, la agencia de coordinación de las policías de los países de la Unión Europea, en 2018 llegaron a Europa 700 toneladas de cocaína, o sea, la mitad de lo que se exporta a EE.UU. La mayor parte del polvo blanco, más o menos dos tercios del total, llega desde Colombia”. En este negocio juega en primera fila la organización criminal calabresa, que ha ubicado a sus representantes en los lugares de

⁶ En enero de 2021 el representante de la UNODC en Bolivia, Thierry Rostas, confirmó que la Hidrovía Paraná-Paraguay es la principal vía para la exportación ilegal de cocaína a Europa

producción de droga a través de alianzas comerciales con bandas narcos o matrimonios entre familias. En España “un kilo de droga puede tener un precio que varía entre los 38 y 40.000 euros”, explica una fuente del CITCO, la división en contra del crimen organizado del Ministerio del Interior de Madrid. El costo de producción no llega a los 1.000 euros por kilo y en la venta minorista las dosis tienen un precio de al menos 50 euros por gramo. En este sentido, no es difícil entender por qué el tráfico de cocaína es la principal actividad de organizaciones criminales como la ‘ndrangheta, que, gracias a su potencia económica, de al menos 50.000 millones de ingresos anuales, se impuso como el interlocutor más confiable de los narcos sudamericanos [...] (Carbone,2020)

A su vez Carolina Sampo, investigadora del COINICET y del Instituto de Relaciones Internacionales de la UNLP sostiene:

...Como mencionamos, la Ndrangheta está presente en casi 50 países entre los que se incluyen europeos y americanos. Vale decir que la presencia en Sudamérica, asociada al tráfico de cocaína, está largamente comprobada. Durante el año 2017, en Uruguay se arrestó a Rocco Morabito, un prometente miembro de la Ndrangheta que había sido condenado en ausencia por tráfico de droga y crimen organizado en Italia en 1994. De acuerdo con fuentes policiales, Morabito había ingresado a Uruguay en el año 2001 con documentación falsa brasilera, que le permitió acceder a la documentación uruguaya. En Brasil - también durante 2017 - se detuvo a Vincenzo Macri, alto miembro de la Ndrangheta y uno de los criminales más buscados de Italia. En el caso de Argentina, quien fuera el presidente de la Comisión Antimafia italiana, Francesco Forgione sostiene que nuestro país es una de las principales rutas de la cocaína, tal como quedó demostrado cuando se trabajó con España y Portugal (el primer destino de las mercancías era Algeciras, para luego terminar en Oporto) a fin de dismantelar la red que intentaba traficar 124kgs de cocaína escondida en 17 sillones que partieron del puerto de Buenos Aires,

o cuando en Italia se secuestraron 55 kgs de la misma droga provenientes de Argentina (Sampo, 2018).

Es relevante ubicar correctamente el papel de la mafia calabresa en la economía real. Sus ingresos anuales estimados por organismos especializados superan largamente los de la mayoría de las empresas legales.⁷ Su influencia en la cuenca del Plata está absolutamente confirmada por expertos como el fiscal de Calabria Gratteri y el ex Presidente de la Comisión Anti-mafia de Italia, Forgione (Gratteri-Nicaso, 2018, 2015, Forgione, 2017).

En resumen, los actores más poderosos que operan en la Hidrovía son grandes multinacionales granarias y mafias internacionalizadas que actúan como empresas transnacionales y tienen unos ingresos anuales superiores a los grandes conglomerados económicos. Una vez más se confirma que la economía ilícita debe tenerse en cuenta.

Los actores mencionados son los grandes ganadores en la Hidrovía. Los perdedores son los Estados nacionales que no recaudan lo que corresponde, los pequeños productores, sometidos a frecuentes atropellos, y la población ribereña, que sufre las consecuencias del auge del narcotráfico, como se puede apreciar con el aumento de la tasa de homicidios en algunas ciudades costeras como Rosario.⁸

IV. El debate sobre la soberanía

Se ha cuestionado la probable relativización de la soberanía argentina sobre el Río Paraná debido a las ambigüedades y omisiones del decreto 949/2020 que delega en el Ministerio de Transportes el llamado y adjudicación de la licitación pública

⁷ Esas estimaciones de ingresos corresponden al Instituto de Estudios Sociales Eurispes, que calcula 36.000 millones de euros anuales, lo que supera largamente los beneficios netos anuales de grandes empresas como Cargill, Bunge o Dreyfus, que según sus balances suman alrededor de dos mil millones de dólares.

⁸ En Rosario surgió el grupo de "Los Monos", que se dedican a la distribución minorista de cocaína (Sierra, 2014:209.220)

e internacional. Se considera que esa convocatoria se hizo pasando por encima de la Sociedad del Estado Administradora de Hidrovía Federal S.E. creada en agosto 2020 e integrada por el Estado Nacional (51% del capital social) y las provincias argentinas con ribera sobre el río Paraná: Santa Fe, Buenos Aires, Entre Ríos, Chaco Formosa e incluso Misiones (49% en conjunto). Hay quienes creen que el trasfondo del decreto 949/2020 es la potenciación del Puerto de Montevideo para la salida al mundo de las exportaciones, promovida desde hace años por las grandes empresas extranjeras que controlan el comercio de granos y respaldadas por el gobierno de Mauricio Macri durante su gestión. Ese respaldo implicó dejar sin efecto el acuerdo celebrado en 2015 – en el marco de la Comisión Administradora del Río de la Plata para que todas las exportaciones que vinieran por el Paraná desembocaran en el canal Magdalena, totalmente bajo control argentino. Esta vía permitiría la salida directa de las exportaciones argentinas al Río de La Plata y el Océano Atlántico, reduciendo sustancialmente los costos al eliminarse el desvío por el Canal Punta Indio y el de acceso al puerto de Montevideo. La creación de la Administradora de Hidrovía Federal S.E. significó dejar sin efecto el proyecto de los monopolios granarios y retomar el camino de soberanía abierto en 2015. Como destaca el Senador Taiana en un Pedido de informes, el decreto 949/2020 significa un retroceso respecto de aquella concepción nacionalista (Giardinelli, 2021).

Pero hay otro tema que es soslayado académicamente y que ha generado algunas exageraciones periodísticas. Se trata de los miles de barcasas con bandera paraguaya que transitan por la Hidrovía y que podrían estar asociadas a la pérdida de soberanía y a diversas irregularidades o ilícitos.

Se dice que la tercera flota fluvial a nivel planetario, luego de la estadounidense y la China, es la paraguaya. Son casi 4.000 barcasas, cuando las de bandera de Brasil no llegan a 300 y la de bandera argentina no superan las 100. Se ha dicho también que Paraguay es un caso muy exitoso de la industria naviera.

Ejemplo de ello sería la empresa Líneas Panchitas G que en los años 70 disponía de un solo barco, actualmente está el podio de las flotas fluviales del mundo, solo por detrás de Estados Unidos y China. Las embarcaciones de LPG, en su mayoría barcas sin autopropulsión empujadas por remolcadores, tienen una capacidad total de carga de 1,6 millones de toneladas, lo que la convierte en una de las empresas líderes del país (El País, 26/2/20, España).

¿Cuál es la explicación de este hecho sorprendente? Una parte de la explicación es que la multinacional Cargill trajo algunas de las barcas en desuso desde el Mississippi y que la legislación paraguaya permitió esta importación (Agencia France Press, 2/6/2018) Además, según la prensa paraguaya se violaron las propias normas locales que no permiten a las embarcaciones tener más de 12 años de antigüedad (ABC, 19, 3/2010). La mayoría de las barcas que surcan la Hidrovía son viejas naves que provienen del Mississippi. Muchas de ellas son flota propia de multinacionales como Cargill. Otras son de armadores argentinos que se quedaron “sin bandera” en los años 90.

Es probable que el hecho de que la carga de la hidrovía fluya mayoritariamente con barcos de bandera paraguaya debilita la soberanía argentina en el sentido de no tener un control efectivo del espacio y que las tareas de inspección y vigilancia sean afectadas. Es probable también que las grandes empresas exportadoras alienten este sistema. Pero pareciera que el problema de la soberanía efectiva es más complejo. Buena parte del problema es que sólo un ínfimo porcentaje de la flota que navega el Paraná es argentino. Empresas multinacionales empresarios de Paraguay y empresas granarias hoy tienen la llamada “tercera flota fluvial del mundo”. Y nueve de cada diez remolques que suben y bajan por el río empujando barcas de granos, llevan la bandera de un país mediterráneo: Paraguay o Bolivia El transporte marítimo y fluvial, y la construcción naval fueron baluartes del primer peronismo. Luego se priorizó el transporte por camiones. Su declinación final llegó en los

años 90, y algunos lo atribuyen a la desregulación y la flexibilización laboral del menemismo.

La verdadera soberanía sobre los ríos interiores se afianza con el fortalecimiento del transporte propio (Giardinelli, 2021). Lamentablemente, en la actualidad los que monopolizan el transporte fluvial son navieras extranjeras como Hamburg Süd, Mediterranean, o Maersk y las cuestionadas barcazas que circulan con bandera paraguaya.

Se ha dicho que algunas de estas barcazas son utilizadas para transportar soja de contrabando, y que también son utilizadas por los narcos, pero no hay pruebas concluyentes. En un programa de televisión se dijo que estas barcazas eran cargadas en las riberas del Chaco con soja que salía de contrabando pero no hay mayores datos⁹

V. Enclaves extranjeros

Por último, está la cuestión de los puertos privados. Las multinacionales sojeras disponen de una veintena de puertos privados asentados sobre la ribera de los ríos Paraná y Paraguay. Se ha formado una especie de enclave extranjero que no respeta normas elementales del derecho internacional de los derechos humanos e intenta imponer sus propias normas.

Algunos de los elevadores de granos de las grandes empresas no respetan las normas de higiene y seguridad, y hay frecuentes denuncias de que las nuevas instalaciones portuarias se realizan sin estudios serios de impacto ambiental. Asimismo, hay denuncias sobre el uso de agroquímicos prohibidos, como los llamados clorados (Vicente, 2012).

Es importante el caso de Cargill. En Paraguay tiene dos puertos propios y una flota de barcazas y remolcadores que

⁹ En el Programa *Periodismo para Todos* Jorge Lanatta denunció contrabando de soja a través de barcazas con bandera paraguaya, lo que fue contestado por empresarios paraguayos (ABC, 17/11/2016).

trajo de sus empresas en el río Mississippi. En la Argentina, en Villa Gobernador Gálvez ha intentado imponer su propio punto de vista sobre la legislación laboral despidió a unos 50 trabajadores en forma injustificada, alegando que existe el derecho constitucional a despedir y luego cerró temporalmente sus plantas ante el conflicto sindical alegando razones de “seguridad” (Waimberg, 2018). En su aceitera de Alvear, cercana a Rosario se niega a reducir la jornada laboral reclamada por el gremio de Recibidores de Granos.

La empresa tiene también criterios propios para liquidar el impuesto a las ganancias. La AFIP de la Argentina presentó una demanda penal por diferencias en las liquidaciones del impuesto a las ganancias por 56.150.000 pesos. Pero en mayo de 2011, el Juzgado en lo Penal Económico sobreseyó a Cargill. El fallo fue confirmado la Cámara en lo Penal Económico. Luego la Cámara de Casación y la Corte Suprema de Justicia rechazaron todos los recursos que presentó la AFIP entre 2011 y 2013. El litigio continúa tras la clausura del reclamo penal, iniciaron un sumario para aplicarle las multas previstas en la Ley de Procedimiento Tributario. En junio de 2014 el organismo le aplicó cuatro multas por omisión del pago de impuestos vinculados al Impuesto a las Ganancias en 2000, 2001, 2002 y 2003. Le reclamaba el 70 por ciento de esos gravámenes y exigía el pago de 39.314.071 pesos (unos 4,9 millones de dólares de la época). Cargill apeló y el tema estaría pendiente de resolución definitiva. Pero más allá de la interpretación de la legislación tributaria hay fundadas sospechas de que Cargill recurre a triangulaciones irregulares con otras empresas para eludir el pago de ganancias (Arelovich, 2014).

VI. Poder de Lobby e inteligencia estratégica

Se ha dicho que Argentina debe retomar la tradición de la vuelta de Obligado, donde resistió una invasión extranjera sobre el Paraná. Sin desconocer la importancia de esa epopeya, consideramos importante una estrategia preventiva. El problema de la soberanía efectiva debe pensarse parafraseando un

famoso dicho del Presidente Álvaro Obregón de México que, actualizado, se podría formular así: “Nadie aguanta un cañonazo de un millón de dólares”.¹⁰

Se estima que por la Hidrovia circulan anualmente mercancías que generan varios miles de millones de dólares. Solamente en tráfico de cocaína las ganancias pueden estimarse entre 20.000 y 60.000 millones de dólares según datos de agencias de la ONU. Por otro lado, se calcula que las empresas sojeras evaden una gran parte de la carga tributaria en base al mecanismo de los “precios de transferencia”. A esto hay que sumar el contrabando de soja vía Brasil o Paraguay para evitar el pago de los derechos de exportación. En resumen, los grandes actores de la Hidrovia dispondrían de una masa de dinero no registrado impresionante. Ese “dinero negro” se usa normalmente, entre otras cosas, para pagar múltiples sobornos, o financiar campañas políticas.

En el sentido anterior es preocupante la licitación convocada por la concesión del dragado y balizamiento de la hidrovia mediante el decreto 949/2020. Dicha concesión vence en 2021 y la empresa actual HIDROVIA SA adolece de algunos problemas de falta de transparencia, ya que uno de sus directivos, Gabriel Romero, titular de EMEPA SA confesó como imputado colaborador haber participado del delito de cohecho en el expediente conocido como “Cuadernos de las Coimas” y otros directivos de la empresa, los hermanos Pieter y Dirk JAN DE NUN tienen antecedentes de condenas judiciales por coimas en su país. La empresa que mantiene la concesión hasta que se resuelva la licitación, ya ha manifestado su voluntad de presentarse.

También es preocupante que en la ribera de los ríos Paraná y Paraguay se haya formado una especie de enclave extranjero que no respeta normas elementales del derecho internacional de los derechos humanos. Ya hay antecedentes precisos de que empresas como Cargill no respetaron las normas vigentes para

¹⁰ Alvaro Obregon fue Presidente de México entre 1920-1924. La frase original sería “Nadie aguanta un cañonazo de 50.000”.

instalar puertos, para manipular semillas, o para encarar conflictos laborales (Vicente, 2012, Wainsberg, 2018).

En suma, se configura un escenario de notable asimetría de fuerzas, dónde el poder de lobby y de corrupción de los grandes actores tiene muchas posibilidades de prosperar. Ante esto se impone la necesidad de estrategias preventivas que pongan el acento en analizar los cambios patrimoniales de los funcionarios y la ruta del dinero.

Es importante analizar el financiamiento de las coaliciones electorales. No es menor el dato de que los principales aportantes de la coalición liderada por Mauricio Macri en 2015 fueron empresas del complejo sojero emplazadas en la Hidrovía y controladas por el grupo Vicentín.¹¹ O que el ex Intendente de Paraná, Sergio Varisco, esté preso acusado de cómplice en el tráfico de cocaína(Enz,2015). Como tampoco parece irrelevante el hecho de que la mafia calabresa sea un actor central en la Hidrovía, teniendo en cuenta que es una organización basada en lazos de parentesco, y que uno de sus clanes familiares lleva el apellido Macri.¹² Hechos como los mencionados deben ser objeto de análisis preventivos.

Es fundamental que las agencias nacionales de inteligencia se orienten a una inteligencia estratégica que defienda los recursos naturales y combata la impunidad de los poderosos. Nuevas figuras legales como el imputado colaborador y toda la experiencia adquirida en los procesos contra delitos de lesa humanidad se deben poner al servicio de combatir al puñado de grupos internacionales que lucran a expensas de la mayoría de la población.

¹¹ Vicentin Hermanos, fue el máximo aportante de Juntos por el Cambio. Donó \$4,5 millones a través Algodonera Avellaneda SA, el mismo monto con Oleaginosa San Lorenzo SA y otros tantos millones con Friar SA, todas vinculadas al holding

¹² CIEZA, Daniel, (2019). Economía subterránea y poder político. Un estudio preliminar de dos genealogías en BEINSTEIN, Jorge, CIEZA, Daniel "El lado oscuro de la familia Macri" y CARBONE, Rocco "Mafia capital" Rosa Luxemburg, CABA.

VII. Conclusiones

Es evidente que la Hidrovia Paraná –Paraguay se caracteriza por su opacidad. Pareciera que las aguas bajan turbias, como en la vieja película de Hugo del Carril.

En la cuenca fluvial aparecen actores muy poderosos. En primer término, las gigantescas empresas granarias conocidas como ABCD. Atrás de ellas algunos fondos de inversión, como Black Rock. Al costado, empresas locales como Vicentín, que ya han hecho un aprendizaje como empresas trasnacionales, a través de alianzas e inversiones opacas que empiezan a ser cuestionadas por el Poder Judicial(Alvarez,2020) Y como telón de fondo, la N'drangheta, la temible mafia calabresa, algunos de cuyos líderes como Vicenso Macrí o Rocco Morabito han aparecido en las páginas policiales de los diarios de los países del Mercosur.

En los próximos meses se abrirá una licitación internacional sobre el dragado y balizamiento del Paraná y se ha prometido transparencia. También se ha ratificado la construcción del Canal Magdalena. Un pedido de informes del Senador Jorge Taiana ha generado una saludable discusión. Creemos que hay una buena oportunidad para revisar desde las autoridades competentes una serie de mecanismos de control que parecen ser deficientes en La Hidrovia. En especial parece necesario poner la lupa sobre los llamados precios de transferencia de las grandes granarias, sobre el contrabando de soja, sobre los abusos en puertos privados y sobre el accionar de grupos del crimen organizado.

Como se puede apreciar en el debate sobre la Hidrovia del Paraná confluyen cuestiones muy importantes que tienen relación con las finanzas públicas y con la seguridad ciudadana. Clarificar el problema de la evasión y elusión tributaria por parte de grandes empresas granarias e identificar los mecanismos y los actores del crimen organizado trasnacional en la región de Santa Fe, son temas urgentes.

Tomando el conjunto de la cuenca fluvial es evidente que los Estados nacionales no han dado las respuestas suficientes. Hay una concentración de poder de actores transnacionales al que no se pudo poner freno. La falta de un enfoque común en los Gobiernos del Mercosur genera muchos espacios vacíos en las políticas públicas que son aprovechados por los monopolios granarios y los intermediarios del narco-tráfico.

VIII. Reflexión final

El enfoque sobre la problemática de la Hidrovía Paraná-Paraguay está ligado al destino inmediato de los países del Mercosur. Es necesario trascender un enfoque impulsado por algunos medios de prensa, dirigentes políticos, la Embajada de Estados Unidos y algunos Jueces. En ese análisis se invisibiliza a los monopolios granarios y se banaliza el tema del narcotráfico, ya que se reduce a una combinación de negociados “chavistas” con la presencia de grupos del narco-menudeo como los Monos. Para este enfoque la respuesta sería y racional al problema de La Hidrovía consistiría en ratificar las concesiones a grandes empresas privadas y comprar lanchas rápidas a Israel para mejorar la vigilancia en el río. Este relato es compartido por los mismos actores que impulsaron el lawfare y se caracteriza por constituir una versión maliciosa de los hechos reales.

Es urgente que el Poder Judicial actúe eficazmente. En la Argentina el proyecto de reforma judicial en debate, que ampliaría y fortalecería los tribunales federales y penal- económicos del interior del país, y algunos cambios en la Ley de Inteligencia orientados a fortalecer la inteligencia preventiva y la defensa de los recursos naturales, pueden contribuir a que el Estado empiece a encarar una asignatura pendiente.¹³

¹³ Respecto de la reforma judicial, en el CIDERCIT, se desarrollan diversas líneas de investigación al respecto, dentro de programa de investigación en el que se enmarca este proyecto. Ampliar en; MORENO, Guillermo Raúl (2018). “El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención judicial del partido justicialista en la República Argentina.” *Derechos*

El fortalecimiento de Fiscalías especializadas en delitos económicos vinculados al narcotráfico y a la evasión fiscal, así como el desarrollo de una inteligencia estratégica preventiva, son fundamentales.

Por otro lado, es muy importante la coordinación de las Agencias fiscales del Mercosur a fin de detectar las “triangulaciones” de las grandes empresas granarias.

Y finalmente, se hace imprescindible una política regional en defensa de los recursos naturales y contra el narcotráfico. Es necesario poner límites a holdings que abusan de su posición dominante en el mercado a través de maniobras ilícitas que perjudican al erario público. Es necesario también aplicar una política propia contra el narcotráfico, que rompa la dependencia con los lineamientos de la DEA y se base en la experiencia acumulada en el cono sur.

En Acción, 7. <https://doi.org/10.24215/25251678e164>; CABRAL, Pablo Octavio, VILLEGAS, María Cecilia Rita, MORENO, Guillermo Raúl, SUCUNZA, Matías A., y MEDICI, Alejandro (2019). Programa de investigación-acción sobre Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Autonomía de la Defensa; representación del interés público ante conflictos de intereses y defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. *Derechos En Acción*, 13, 350. <https://doi.org/10.24215/25251678e350>; CABRAL, Pablo Octavio (2019). “El Lawfare en Argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico”, en *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* (Brasil); vol. 9, p. 231-258, 01 de junio de 2019.

Áreas naturales protegidas en el litoral argentino: un análisis comparativo de las regulaciones vigentes

Protected natural areas on the Argentine Littoral Region: a comparative analysis of current regulations

Sabrina Adamik¹

Universidad Católica de Santa Fe, Argentina

M. Valeria Berros²

Universidad Nacional del Litoral, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 410-436

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e522>

Recibido: 07/04/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: En este artículo intentamos reponer el estado de situación de las principales regulaciones provinciales en parte de la región del litoral argentino. En particular, se analizan los casos de Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes y Misiones en materia de áreas naturales protegidas como estrategia para la tutela de la biodiversidad. Para ello se presentan, en cuatro apartados que poseen una estructura simétrica, los siguientes

¹ Abogada Universidad Católica de Santa Fe, Argentina. Email: sabrinaadamik@hotmail.es (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-9018>).

² Doctora en Derecho UNL, Investigadora CONICET, Profesora UNL y UCSF, Former Fellow Rachel Carson Center for Environment & Society de la Universidad de Múnich. Este trabajo resulta del proyecto de investigación "Aportes para repensar el derecho ambiental del litoral argentino" en ejecución en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. valeria.berros@outlook.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9472-5955>).

temas: 1) Una breve presentación de los principales ecosistemas que posee cada provincia, 2) Un análisis sobre el contenido constitucional que puede ser asociado a este tema conforme las cartas magnas vigentes en cada territorio, 3) Una presentación de las normas provinciales que regulan los sistemas de áreas naturales protegidas, 4) Una breve aproximación al resultado protectorio en términos territoriales. Finalmente, se plantean una serie de interrogantes en relación a algunas agendas abiertas y posibles desafíos para repensar esta estrategia de tutela desde recientes debates al interior del campo jurídico contemporáneo.

Palabras clave: Biodiversidad, Derecho Ambiental, Región Litoral, Áreas Naturales Protegidas

Abstract: This article aims to review the state of the art of the main provincial regulations in part of the Argentinean littoral region. In particular, the cases of Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes and Misiones are analyzed with regard to natural protected areas as a strategy for the protection of biodiversity. The following topics are presented in four symmetrically structured sections: 1) a brief presentation of the main ecosystems in each province, 2) an analysis of the constitutional content that can be associated with this issue in accordance with the constitution of each territory, 3) a presentation of the provincial norms that regulate the systems of natural protected areas, 4) a brief approximation of the protective result in territorial terms. Finally, a series of questions are posed in relation to some open agendas and possible challenges to rethink this protection strategy from recent debates in the contemporary legal field.

Keywords: Biodiversity, Environmental Law, Littoral Region, Natural Protected Areas

I. Introducción

La Plataforma Intergubernamental sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas (IPBES) es un organismo independiente que se conforma por expertos y expertas de diversas latitudes del mundo y viene alertando, junto a otras organizaciones de diferente escala territorial y perfil de trabajo,

sobre el grave estado de la biodiversidad a escala planetaria.³ En 2019, su informe anual, afirmó que la tasa de extinción se había acelerado de forma inédita. Ello implica una erosión constante de las condiciones de existencia de los seres vivos dado que la pérdida de diversidad biológica posee derivas muy heterogéneas, algunas más visibles que otras. En 2020 la pandemia Covid-19 visibilizó de modo trágico y concluyente que la necesidad de preservar los ecosistemas es central: arrasar con ellos genera consecuencias que pueden adquirir, incluso, esta dimensión que hoy experimentamos en todo el planeta. A ello pueden sumarse los graves incendios que afectaron esta zona del litoral argentino con gravedad durante el mismo año y que dejaron en clara la fragilidad de los ecosistemas ante actividades antrópicas, especialmente aquellas ilegales.

La importancia de la tutela de los ecosistemas se tradujo tempranamente en el campo jurídico y la Declaración de Estocolmo de 1972, resultado de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, constituye un documento central en la identificación de la problemática y en la historia del derecho ambiental. El tema específico de la pérdida de biodiversidad adquiere centralidad algunas décadas más tarde bajo esa denominación, en particular en los años noventa. En este momento comienza a tener un rol medular en la discusión de varias disciplinas y al interior del derecho internacional se sella el texto del Convenio sobre la Diversidad Biológica en 1992. Argentina ratifica dicho convenio dos años más tarde y, además, introduce la tutela de la biodiversidad y del patrimonio natural en el artículo 41 incorporado en la reforma constitucional de 1994.

Existen diferentes herramientas jurídicas para organizar su protección. Una de ellas consiste en la creación de áreas naturales protegidas que, cabe señalar, son configuraciones previas a las normativas internacionales mencionadas. Hacia fines del siglo XIX primero en Estados Unidos y luego en diferentes

³ Sitio web oficial: <https://www.ipbes.net/>

países, dentro de los cuales se enrola Argentina desde inicios del siglo XX, se comienzan a incorporar las ideas de parques nacionales, áreas naturales protegidas, monumentos naturales. Estos procesos se asocian en numerosos casos a la ampliación de fronteras, lo que en reiteradas experiencias también se vincula a una serie de conflictos con pueblos indígenas y con países limítrofes. En la actualidad constituyen una de las principales herramientas para la protección de los ecosistemas aunque se está revisando, desde diversas disciplinas, la diferenciación entre territorio humano y no humano, a los fines de configurar otro tipo de estrategias que se desmarcan de esa lógica binaria.⁴

Sin perjuicio de la centralidad que adquieren este tipo de estrategias para la conservación, lo cierto es que desde el campo jurídico argentino es bastante menor la atención asignada a este tema si se compara con la producción de conocimiento vinculada a otros aspectos del derecho ambiental contemporáneo. Ello se profundiza cuando se trata de identificar análisis sobre normas provinciales. Es por ello que este trabajo pretende realizar una contribución mediante un estudio sobre un sector del litoral argentino que cuenta con algunos de los ecosistemas con mayor biodiversidad de nuestro territorio: las provincias de Misiones, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe.

La metodología a los efectos de realizar el presente análisis se basa en herramientas que se corresponden con una estrategia cualitativa que aborda una serie de unidades informantes entre las que se destaca la normativa de los diferentes espacios regulatorios, informes estatales y de expertos y documentos de organizaciones no gubernamentales. Una vez configurado el corpus de documentos recurrimos al análisis clásico de documental: análisis de contenido. Para ello se construyeron una serie de instrumentos adecuados para cada tipo de documento a los fines de sistematizar datos, posibilitando su correlación y su posterior procesamiento.

⁴ FERRERO, Brian, (2018). "Tras una definición de las Áreas Protegidas. Apuntes sobre la conservación de la naturaleza en Argentina", Revista Universitaria de Geografía.

La indagación sobre estos documentos se encuentra inspirada en una serie de preguntas entre las que se destacan: ¿Cuál es el contenido y las particularidades que estas normas poseen? ¿Qué características las articula y cuáles las diferencia? ¿Son adecuadas a la actualidad que exige un conjunto de políticas públicas robustas, participativas y efectivas, así como diseños institucionales apropiados? Estos interrogantes, entre otros, poseen hoy mayor relevancia, no solo para la conservación de la variabilidad de especies sino también para la lucha contra el cambio climático y, en cada vez más numerosas ocasiones, para proteger comunidades humanas amenazadas.

En este artículo intentamos reponer cual es el estado de situación sobre esta temática en las mencionadas provincias cuyas principales normativas en la materia son objeto de análisis. Para ello se presentan en cuatro apartados que poseen similar estructura los siguientes temas: 1) ¿Cuáles son los ecosistemas que existen en cada territorio provincial?, 2) ¿La Constitución provincial en vigor contiene alguna previsión sobre el tema?, 3) ¿Existe normativa específica sobre áreas naturales protegidas?, 4) ¿Cuál es el resultado protectorio preliminar que se visualiza en cada provincia conforme los datos oficiales?

II. Provincia de Santa Fe

II.1. Los ecosistemas de la Provincia de Santa Fe

En Santa Fe existen nueve áreas naturales protegidas a lo que cabe añadir las áreas naturales municipales y privadas.⁵ A su vez, hace años se intenta generar un puente entre este concepto y la necesidad de representar las diferentes ecorregiones o regiones ambientales que se definen en base a criterios físicos y biológicos que enfocan en las condiciones del clima, el suelo, el régimen hidrológico así como las características de la flora y

⁵ Ambiente y Cambio Climático (2021). "Reservas de dominio público". Disponible en: [https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/208258/\(subtema\)/112853](https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/208258/(subtema)/112853)

de la fauna.⁶ Se identifican seis regiones ambientales: la Cuña Boscosa, los Bajos Submeridionales, el Chaco Semiárido, la Zona Transicional, la Pampa Húmeda y el Valle del Río Paraná.

- **Cuña Boscosa:** esta zona introduce una formación arbórea del parque chaqueño en forma de cuña en el norte del territorio provincial, por su inclinación hacia el sur opera como área de escurrimiento a través de arroyos y otros cursos de agua. La flora que la caracteriza es el quebracho y algarrobo y entre la fauna se destacan pumas, zorros, y guazunchos.
- **Bajos Submeridionales:** esta zona se encuentra en el centro norte provincial en el que se identifican numerosas superficies de agua que constituyen un área estratégica para un importante número de especies.
- **Chaco Semiárido:** esta zona se encuentra en el Departamento 9 de Julio próximo a la frontera con Santiago del Estero. Debido a la escasez de lluvias la flora predominante son árboles y arbustos adaptados a dicha situación como el quebracho colorado y blanco, guayacán, palmeras entre otras especies. En relación a la fauna se destacan las iguanas, pecaríes y oso hormiguero.
- **Zona transicional:** esta zona se ubica en el centro de la provincia y presenta características de sus zonas aledañas al norte y al sur. Se caracteriza por sus pastizales y pajonales y por animales como zorros, lechuzas y armadillos.
- **Zona Pampeana:** es el área al sur del río carcarañá que posiblemente sea la que más transformaciones ha sufrido debido a la producción agrícola-ganadera. En los últimos años este cambio se ha intensificado por los procesos de agriculturización extrema con alta incidencia del monocultivo.

⁶ BIASSATI, Néstor (2016). Las ecoregiones. Su conservación y las áreas naturales protegidas en Santa Fe. Ministerio de Ambiente Santa Fe. Disponible en: https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/229660/1202209/file/LIBRO%20ECOREGIONES_web.pdf

- **Valle del río Paraná:** es la superficie que, a lo largo de toda la provincia, se encuentra con el río Paraná y se configura como un ambiente asociado a islas y arroyos que forman parte de dicho ecosistema. La región se caracteriza por el cambio permanente debido a las crecientes y bajantes del río y presenta una gran riqueza en términos de especies de plantas y de animales como nutrias, yacarés, capibaras, dorado, y surubí.

II.2. La Constitución santafesina

La provincia de Santa Fe ha sancionado su constitución el 14 de abril de 1962 y en la misma no se ha hecho referencia específicamente a las áreas naturales protegidas. Sin embargo, el artículo 28 coloca cierto énfasis sobre los recursos naturales.

Un análisis de su redacción permite distinguir dos partes: una primera mirada centrada en el humano como quien usa y goza de la tierra a partir de la promoción y estímulo de su trabajo, así como mediante su explotación racional conforme a la función social de la propiedad, entre otros aspectos. Y una última parte de su texto que enfatiza en la forma de conservación de los recursos naturales: “La Provincia...protege el suelo de la degradación y erosión, conserva y restaura la capacidad productiva de las tierras y estimula el perfeccionamiento de las bases técnicas de su laboreo. Resguarda la flora y la fauna autóctonas y proyecta, ejecuta y fiscaliza planes orgánicos y racionales de forestación y reforestación...”. (Const., 1962, art. 28)

Este último párrafo, desde una interpretación dinámica de su contenido, podría ser considerado como fundamento constitucional de las áreas naturales protegidas en la provincia.

II.3. El sistema provincial de áreas naturales protegidas

Gran parte de las áreas protegidas de Santa Fe fueron creadas entre 1963 y 2003 sin un marco legal específico. Estas

áreas no contaban con objetivos definidos ni planes de manejo y fueron generadas con el fin de ser conservadas con la menor intervención humana posible. En 1991 se crean las reservas privadas de usos múltiples a través del Decreto 0961 y se fueron conformando varias reservas dentro de esta categoría. Estos antecedentes fueron gestando la necesidad de crear un marco regulatorio lo que redundó en la posterior sanción de la Ley 12.175 de 2003 que establece el sistema provincial de áreas naturales protegidas.

Esta última ley define a las áreas naturales protegidas como: “todo ambiente o territorio que, manteniendo su aspecto original sin alteraciones importantes provocadas por la actividad humana, esté sujeta a un manejo especial legalmente establecido y destinado a cumplir objetivos de conservación, protección y/o preservación de su flora, fauna, paisaje y demás componentes bióticos y abióticos de sus ecosistemas” (Ley 12.175, 2003, art. 3) e instaura ocho categorías de manejo:

1) Reserva Natural Estricta o Reserva Científica calificadas como “las áreas naturales con ecosistemas acuáticos o terrestres, elementos y/o especies de flora y fauna de importancia científica provincial. Estas áreas revestirán carácter perpetuo. En ellas los procesos se desarrollarán sin interferencia humana directa, aún cuando puedan darse fenómenos de alteraciones naturales como incendios espontáneos, invasión de plaga entre otros, excepcionalmente la Autoridad de Aplicación determinará la necesidad de intervención cuando los estudios técnicos así lo aconsejen.” (Ley 12.175, 2003, art. 23)

2) Parques Provinciales: “ecosistemas con representatividad biogeográfica, poco alterados por la actividad u ocupación humana, que contienen especies de flora y fauna, sitios geomorfológicos y/o paisajes de interés científico, educativo y recreativo” (Ley 12.175, 2003, art. 27). Para su mejor administración se dividen en (i) Zonas intangibles: “son aquellas poco afectadas por la actividad humana, que

contengan ecosistemas y especies de flora y fauna, en los cuales los procesos ecológicos han podido seguir su curso espontáneo o con un mínimo de interferencia humana” (Ley 12.175, 2003, art. 29) y (ii) Zonas restringidas: “poseen las mismas características que las anteriores, pero podrán ser utilizadas por la Autoridad de Aplicación en atención al turismo, actividades educativas, de estudio, entre otras” (Ley 12.175, 2003, art. 32)

3) Monumentos Naturales: “sitios, entidades biológicas, ambientes naturales y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de relevante y singular importancia científica, estética o cultural, declarados como tales por normas especiales y a las cuales se le acuerda protección absoluta. Son inviolables, no pudiendo realizarse en ellos actividades algunas con excepción de visitas guiadas que garanticen el principio de intangibilidad absoluta, inspecciones oficiales o investigaciones científicas permitidas por la Autoridad de Aplicación con relación a los objetivos de conservación establecidos para el caso” (Ley 12.175, 2003, art. 35)

En el año 2003 se sanciona la Ley 12.182 que declara como monumentos naturales al Aguará Guazú y al Venado de las Pampas. Luego de ello se han presentado proyectos de ley con el fin de declarar como tales, por ejemplo, al águila coronada y al cardenal amarillo.

4) Reserva Natural Manejada o Santuario de Flora y Fauna: “áreas destinadas a preservar lugares o hábitat específicos indispensables para mantener la existencia de poblaciones de especies de importancia para la conservación o para el uso sustentable de los grupos locales. Podrá ser necesario algún tipo de manipulación del ambiente para crear las condiciones de vida óptima para las especies o la comunidad destinataria de la preservación, en lo posible respetando aquellos elementos del ecosistema que se privilegien en los objetivos de la creación de la reserva” (Ley 12.175, 2003, art. 37)

5) Paisaje Protegido: “ambientes naturales o seminaturales, con valores culturales dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual, siempre que no sean netamente urbanos” (Ley 12.175, 2003, art. 39)

6) Reservas Naturales Culturales: “áreas habitadas por sociedades tradicionales interesadas a preservar pautas culturales propias y cuya relación armónica con el medio ambiente es necesario garantizar; así como las que presentan valores antropológicos y/o históricos, con fines científicos o educativos” (Ley 12.175, 2003, art. 41)

7) Reservas Privadas de Uso Múltiple: “presentan ciertos grados de transformación en su condición natural, mantienen un sistema ecológico en dinámico equilibrio, amalgaman la presencia y actividad productiva del hombre con la supervivencia de ambientes naturales y sus recursos silvestres, necesitan un régimen regulador que garantice el armónico desarrollo y conservación de su potencialidad productiva, vida silvestre y paisaje; y por su importancia o interés científico, agrario, económico y cultural, se declaren bajo el control y fiscalización técnica del Estado Provincial” (Ley 12.175, 2003, art. 43)

8) Reservas Hídricas o Humedales: “aquellas que poseen cuencas de captación o reservorios hídricos, insertos en ambientes silvestres, que califique su especial significación ecológica y turística; y/o que sean declaradas como tal” (Ley 12.175, 2003, art. 48)

Todas estas áreas naturales deben contar con un Plan de Manejo, es decir, un instrumento fundamental de planificación y ordenamiento espacial que define y coadyuva a la gestión y conservación del área, contiene las directrices, lineamientos y políticas para su administración, modalidades de manejo, asignaciones de usos y actividades permitidas en base a un diagnóstico, base para la zonificación y los objetivos de gestión y estrategia del territorio que se busca proteger.

II.4. Territorio protegido

Si nos preguntamos cual es el porcentaje de superficie de las áreas naturales protegidas que tiene esta provincia con relación a su territorio total, los datos no son alentadores debido a que se calcula que sólo el 0,1324% se encuentra protegido bajo este sistema. Este dato surge del Primer Seminario sobre áreas naturales protegidas de la provincia de Santa Fe realizado en el año 2008 entre la Universidad Nacional del Litoral y la entonces Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Provincia.⁷ El porcentaje no ha variado de forma significativa en los últimos años, con lo cual Santa Fe no solo es una de las provincias del litoral con menos superficie de áreas naturales protegidas, sino que se trata de uno de los territorios con menor superficie protegida del país.

En el territorio santafesino podemos encontrar áreas naturales de dominio público y de dominio privado. Las primeras son de propiedad del Estado; las privadas están a cargo de particulares que efectúan diferentes convenios con el Ministerio de Medio Ambiente y Cambio Climático.

Son áreas naturales de dominio público, en carácter de reservas naturales estrictas o reservas científicas, las siguientes: Reserva La Loca ubicada en la ecoregión Chaco Húmedo; Reserva Virá Pitá localizada en la misma región; y la Reserva del Medio-Los Caballos que comprende la Isla del Medio y el Islote Los Caballos, próximos al río Paraná. A ellas se suma el parque provincial Cayastá ubicado en el Valle del río Paraná y dos reservas naturales manejadas: Potrero Lote 7b situado al norte de la provincia compuesto principalmente por un sector de bosques típicos de la región geográfica del Chaco y El Fisco en el departamento de San Cristóbal. Finalmente, se identifican dos reservas hídricas y un paisaje protegido. En el primer caso se trata de Arroyo Saladillo en el sur provincial y Arroyo Sauce-Pavón

⁷ Para más información consultar en: https://www.unl.edu.ar/noticias/news/view/se_desarroll%C3%B3_el_seminario_sobre_%C3%A1reas_naturales_protegidas#.YFpLIVVKjct

creado en concomitancia con el anterior y bajo los mismos criterios. Finalmente, existe un paisaje protegido como Corredor Biológico de la autopista provincial AP-01 Rosario-Santa Fe que pasó de ser una creación asociada al sistema de concesión de la autopista a ser un paisaje protegido a partir de 2014.

A estas áreas se agregan aquellas que pertenecen al dominio privado. En calidad de reservas privadas de usos múltiples se identifica Isleta Linda ubicada en el norte provincial; y Federico Wildemurth, la Noria, Estancia Santa Catalina y La Elena que se encuentran en diferentes latitudes de la zona central de Santa Fe.

III. Provincia de Entre Ríos

III.1. Los ecosistemas de la Provincia de Entre Ríos

El territorio de la Provincia de Entre Ríos abarca una significativa biodiversidad. Cuatro de las dieciocho ecorregiones o regiones naturales de nuestro país, confluyen en Entre Ríos: Espinal, Pampa, Delta e Islas del Paraná y un pequeño segmento de los Esteros del Iberá.⁸

- **Delta e Islas del Paraná:** comprende los valles de inundación de la parte media e inferior de los ríos Paraná y Paraguay y se caracteriza por la presencia de montes, pajonales y lagunas que incorporan aspectos típicos de la selva misionera. Abundan animales como carpincho, yacaré, ciervo de los pantanos, lobito de río, nutria.
- **Espinal:** zona caracterizada por la presencia de sabanas y pastizales de gramíneas que, de a poco, van desapareciendo debido al avance de la agroindustria, y en el que se identifican tres subregiones: el Espinal del Ñandubay, el Espinal de los Algarrobos y el Espinal del Caldén. Abundan el puma, zorro gris pampeano, comadreja, hurón, vizcacha.

⁸ Dirección Hidráulica de Entre Ríos. Dpto. de Hidrología y Ordenamiento de Cuencas. (2019) *Eco-Regiones, Biodiversidad y Áreas Protegidas de Entre Ríos*. CGE-Dirección de Planeamiento Educativo. Programa de Educación Ambiental.

- **Pampa:** esta ecoregión se extiende desde el centro hacia el sur, y limita en el extremo norte de su distribución con el Espinal y en el extremo sur con el Delta e Islas del Paraná.
- **Esteros del Iberá:** solo una pequeña porción de esteros se puede visualizar en la provincia de Entre Ríos.

III.2. La Constitución entrerriana

La reforma constitucional de Entre Ríos del año 2008 incorporó el artículo 22 que reconoce el derecho a un ambiente sano, siguiendo un tratamiento y esquema similar al del artículo 41 de la Constitución Nacional: “Todos los habitantes gozan del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, donde las actividades sean compatibles con el desarrollo sustentable, para mejorar la calidad de vida y satisfacer las necesidades presentes, sin comprometer la de las generaciones futuras. Tienen el deber de preservarlo y mejorarlo, como patrimonio común” (Const. 2008, art. 22).

A su vez, el texto constitucional incorpora una referencia específica sobre ciertos ecosistemas: “... El Estado asegura la gestión sustentable y la preservación de los montes nativos, de las selvas ribereñas y de las especies autóctonas, fomentando actividades que salvaguarden la estabilidad ecológica. El propietario de montes nativos tiene derecho a ser compensado por su preservación...” (Const. 2008, art. 85) así como afirma que “... los humedales se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados...” (Const. 2008, art. 85).

En este mismo artículo se incorpora una referencia directa al tema que nos ocupa dado que se establece que “... El Estado propicia por ley la creación de áreas protegidas, sobre la base de estudios técnicos. Reconoce el derecho de sus propietarios a recibir compensaciones económicas y exenciones impositivas, en su caso...” (Const. 2008, art. 85) con lo cual el sistema de

áreas naturales protegidas de la provincia cuenta con un fundamento constitucional explícito.

III.3. El sistema provincial de áreas naturales protegidas

Conforme el texto constitucional citado, la provincia de Entre Ríos propicia la creación de áreas naturales protegidas mediante la sanción de leyes especiales y reconoce el derecho a compensaciones económicas. Si bien la constitución data de 2008, es en 1995 que se organiza legalmente el Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas provincial a través de la Ley 8967.

En el año 2017 se deroga la ley de 1995 y se sanciona la Ley 10.479. En su artículo 1 se establece que el sistema se integra por todas las áreas ya sea de dominio público o privado. La ley contempla siete categorías de manejo en su artículo 8:

1) Parques Naturales: “son las áreas no afectadas por la actividad humana, que tienen una determinada representatividad biográfica y significación ecológica. Constituyen unidades ecológicas suficientemente extensas, que poseen elementos de especial importancia de la flora y fauna, con una singular y notable belleza paisajística. Los mismos son declarados por la autoridad pública, básicamente intangibles, de estricta protección y rigurosa preservación de la naturaleza y con uso restringido de sus ambientes silvestres” (Ley 10.479, 2017, art. 9). Estos se dividen en zonas intangibles y zonas protegidas según la afectación o no por actividad humana.

2) Monumentos Naturales: “Son áreas que contengan elementos naturales de notable importancia, especies vivas de animales o vegetales; formaciones geológicas de valor histórico, científico, estético y educativo, cuya existencia podría estar amenazada” (Ley 10.479, 2017, art. 17). En Entre Ríos seis especies han sido declaradas como tales: ciervo de los pantanos y aguará guazú (Resolución 852 de

la Dirección General de Recursos Naturales), el federal y el cardenal azul (Resolución 851 de la Dirección General de Recursos Naturales), el cardenal amarillo (Decreto 4933) y el tordo amarillo (Decreto 5942).

3) Reservas Naturales Culturales: “Son aquellas en las que se encuentran comunidades aborígenes u otras, interesadas en preservar determinadas pautas culturales propias y cuya relación armónica con el medio es necesario garantizar y las que albergan yacimientos arqueológicos o cualquier otra referencia histórica de interés” (Ley 10.479, 2017, art. 20).

4) Reservas de Usos Múltiples: “Las zonas que determinadas por estudios preliminares, sean apropiadas para la producción maderera, hídrica, agrícola y ganadera sostenibles, a las que posean flora y fauna silvestre, autóctona y que constituyan formas de esparcimiento al aire libre...” (Ley 10.479, 2017, art. 22).

5) Paisajes Protegidos: “Son paisajes naturales, seminaturales y de carácter cultural, dignos de ser preservados en su condición tradicional o actual” (Ley 10.479, 2017, art. 24). En esta categoría se distinguen las zonas aprovechadas por el humano de manera intensiva para esparcimiento y turismo y los paisajes que, por ser resultado de la interacción entre las personas y la naturaleza, reflejan manifestaciones culturales como sitios sagrados, etc.

6) Reservas Naturales Estrictas: “Es un área que posee algún ecosistema, rasgo geológico, fisiográfico, especies o taxones destacadas o representativas, destinada principalmente a actividades de investigación científica y monitoreo ambiental. El área propuesta debe estar considerablemente exenta de intervención humana directa y ser capaz de permanecer en esas condiciones” (Ley 10.479, 2017, art. 26).

8) Reservas ícticas: “Es todo ambiente acuático que constituya zona de cría, desove o de concentración de cardúmenes, singularmente calificado para estas finalidades y a aquellos otros ambientes que se consideren especialmente

merecedores de protección por sus valores de conservación para los peces autóctonos. Las reservas ícticas están sometidas a regímenes especiales de manejo, pudiendo establecerse vedas parciales o absolutas para la pesca” (Ley 10.479, 2017, art. 27).

III.4. Territorio protegido

En el territorio entrerriano podemos encontrar varias áreas naturales protegidas públicas y privadas, aunque es escasa la información oficial que pueden obtenerse sobre parte de ellas. Para el año 2020 se calcula que la Provincia cuenta con 1.600.000 hectáreas de áreas naturales protegidas lo que representa alrededor del 20% del territorio involucrando en este cómputo no sólo las áreas naturales protegidas públicas y privadas sino también sus dos sitios Ramsar.⁹

Existe un importante número de áreas naturales provinciales sin perjuicio de lo cual la información accesible sólo se remite a la normativa de creación de cada una de ellas. Dentro del ámbito público, por ejemplo, se identifican Parque del Río Uruguay, La Vizcachita, Monte de la Paloma, Paraná Medio, Jardín Botánico Oro Verde, Parque Escolar Rural Enrique Berduc/ CGE, Laguna del Pescado y vías de comunicación con el Río Victoria, Río Gualaguaychú (desde su nacimiento hasta desembocadura en Río Uruguay). Como áreas de dominio público-privado se enumeran El Gato y Lomas Limpias, Reserva de los Pájaros y sus Pueblos Libres y Humedales Victoria. A su vez, se encuentra un registro de áreas naturales protegidas de dominio privado compuesto por El Potrero, El Carayá, Don Sebastián, La Aurora del Palmar, Santa Rosa, El Guayabo y El Cencerro. Es importante señalar que la información de acceso

⁹ Secretaría de Comunicación Provincia de Entre Ríos (2020) “La provincia creó el mapa de Áreas Naturales Protegidas para la preservación de los ecosistemas”. Disponible en: <https://noticias.enterrios.gov.ar/notas/la-provincia-cre-el-mapa-de-reas-naturales-protegidas-para-la-preservacin-de-los-ecosistemas.htm>

público existente torna dificultoso conocer sobre el estado de conservación de cada área.

IV. Provincia de Corrientes

IV.1. *Los ecosistemas de la Provincia de Corrientes*

La Provincia de Corrientes alberga una gran diversidad biológica y es posible reconocer cinco ecorregiones¹⁰:

- **Deltas e Islas del Paraná:** se caracteriza por presentar un conjunto de islas bajas e inundables, delimitadas por los cauces principales de los ríos Paraná y Paraguay.
- **Esteros del Iberá:** esta ecorregión es la más extensa en la provincia de Corrientes, ocupando el centro norte de la misma. El ecosistema consiste en lagunas, esteros y bañados, separados por cordones arenosos.
- **Espinal:** como ya fue nombrado en las anteriores provincias, el espinal es una ecorregión de la llanura chaco-pampeana que, en este caso, abarca el sur de la provincia.
- **Campos y Malezales:** es la zona ubicada al este de Corrientes y al suroeste de Misiones y se caracteriza por amplios pastizales de llanura de relieve ondulado.
- **Chaco Húmedo:** se trata de un territorio con suave pendiente en el que predominan ambientes deprimidos en el noroeste correntino.

IV.2. *La Constitución de Corrientes*

La última constitución de Corrientes data del año 2007 y reconoce que “Toda persona tiene el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado y el deber de preservarlo para las generaciones presentes y futuras” (Const. 2007, art. 49).

¹⁰ Para ampliar información puede consultarse: FONTANA, José (2013). “Las ecorregiones de Corrientes y sur de Misiones” en *II Simposio de Restauración Ecológica en Argentina: enfoques y prioridades*.

A continuación, afirma que cualquier habitante tiene derecho a acceder a la información sobre el impacto que las actividades causen en el ambiente y a participar en los procesos de toma de decisiones. También se otorga al Estado Provincial fijar las políticas ambientales, proteger y preservar la integridad del ambiente, el uso y la administración racional de los recursos naturales. A su vez, se considera que es deber del estado estimular e impulsar la investigación y ejecución de proyectos fundados en planes y programas de desarrollo sustentable, con previa realización de una evaluación del impacto ambiental.

Si bien no existe una referencia especialmente ligada al concepto de áreas naturales protegidas sí se regula la necesidad de resguardar la biodiversidad y el control de los recursos genéticos (Const. 2007, art. 65) así como se incluye en el pacto constitucional una norma sobre uno de los principales ecosistemas provinciales: “Se declara patrimonio estratégico, natural y cultural de la Provincia de Corrientes a los fines de su preservación, conservación y defensa: el ecosistema Iberá, sus esteros y su diversidad biológica, y como reservorio de agua dulce, en la extensión territorial que por ley se determine, previo relevamiento y fundada en estudios técnicos. Debe preservarse el derecho de los pobladores originarios, respetando sus formas de organización comunitaria e identidad cultural” (Const. 2007, art. 66)

IV.3. El sistema provincial de áreas naturales protegidas

El ordenamiento jurídico de Corrientes contiene la Ley 4.736 de 1993, un tanto distinta a las que hemos presentado con anterioridad que, además, son más contemporáneas. Esta ley reconoce tres categorías de áreas naturales protegidas:

- 1) Parque Provincial: “gozarán de protección absoluta por lo que deberán conservarse en su estado natural, sin más alteraciones que las necesarias para su control y atención del visitante. Queda prohibido en ellos toda clase de actividad susceptible de provocar modificaciones. Las actividades

relacionadas con el turismo y la pesca deportiva, solo podrán realizarse con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación” (Ley 4736, 1993, art. 5).

2) Monumento Natural: “cosas, especies vivas de animales o plantas, que, por su interés estético, valor histórico o científico, se les acuerde protección absoluta. Serán inviolables, no pudiendo realizarse en ellos o respecto de ellos actividad alguna, excepto las necesarias para su cuidado, investigación científica o inspecciones oficiales permitidas por la autoridad de aplicación” (Ley 4736, 1993, art. 7). El Decreto 1555 de 1992 declaró como tales al ciervo de los pantanos, lobito de río, aguará guazú y ciervo de los pantanos. Años más tarde, se suma el oso hormiguero grande y el yaguareté a la lista de monumentos naturales correntinos.

3) Reserva Natural: “gozarán de protección parcial y constituirán zonas circundantes o de transición con los Parques Provinciales. En ellas tendrán prioridad a todo otro interés, la conservación de la flora y fauna autóctonas, las bellezas panorámicas y el equilibrio de sus ecosistemas” (Ley 4736, 1993, art. 8).

A su vez, en el artículo 12 de la ley crea el Parque Provincial Iberá a lo que luego va a sumarse, en el año 2000, la creación de la Reserva Natural Iberá mediante Ley 3.771.

VI.4. Territorio protegido

En la provincia de Corrientes, “la conservación en tierras privadas abarca alrededor de 1.863 km², mientras que las áreas protegidas públicas totalizan 8.086 km²”¹¹, lo cual implica alrededor de un 12 % de territorio protegido. Con la Reserva Natural del Iberá, sucede algo particular ya que el dominio de

¹¹ El Litoral (2018) “Áreas Protegidas: relevaron la eficiencia de las reservas naturales privadas”. Disponible en: <https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2018-5-31-11-45-0-areas-protegidas-relevaron-la-eficiencia-de-las-reservas-naturales-privadas>

la tierra es mixto, porque coexisten propiedades privadas y fiscales. Esta reserva fue creada en el año 1983 y abarca 1.300.000 hectáreas. En su interior se ubica el Parque Provincial Iberá sobre tierras públicas, el cual a su vez está rodeado por tierras de propiedad privada que conforman la reserva provincial. A ello se suma la más reciente creación del Parque Nacional Iberá en 2018.

A este parque provincial/nacional puede agregarse la reserva natural Laguna Brava, el Parque Provincial San Cayetano, entre otros. Además, es importante señalar que, en esta provincia, en el año 1984, se declaró zona de reserva de fauna a todas las islas e islotes, ríos, riachos, arroyos y todo curso de agua ubicado al oeste del Departamento Goya. Por su parte, la Ley 4827 de 1994 declaró Zonas de Reserva de fauna íctica, en la jurisdicción de aguas territoriales que corresponden a la Provincia de Corrientes, a los tramos del Río Paraná y sus afluentes que comprenden los Departamentos de Esquina, Goya, Lavalle, Bella Vista, San Cosme, Iratí, Berón de Astrada, San Miguel e Ituzaingó.

El acceso a la información sobre el estado de las áreas naturales protegidas, así como sobre los monumentos es muy escaso dada la inexistencia de información sistematizada sobre el tema en el sitio web del Instituto Correntino del Agua y el Ambiente.

V. Provincia de Misiones

V.1. Los ecosistemas de la Provincia de Misiones

En Misiones se distinguen dos distritos fitogeográficos de la selva: en primer lugar, la selva propiamente dicha, caracterizada por la presencia de árboles como el palmito, el palo rosa, los laureles y especies de cañas o tacuaras. La selva misionera se caracteriza por tener pisos o estratos bien definidos. A su vez, en el territorio misionero se puede encontrar una prolongación de la Selva Paranaense: la ecorregión Campos y

Malezales, la cual se caracteriza por vastos pastizales de llanura, apenas interrumpidos por pequeños parches boscosos.¹²

V.2. La Constitución de Misiones

La Carta Magna de esta provincia se encuentra en vigor desde 1958. Si bien la misma no refiere específicamente a las áreas naturales protegidas, en su artículo 57 manda a dictar leyes entre las que enumera las destinadas a la “1) Conservación y mejoramiento de los suelos, de la flora y de la fauna...”. (inc. 1). A su vez, el artículo 56 menciona al bosque y establece que “será protegido con el fin de asegurar su explotación racional y lograr su mejor aprovechamiento social, la ley asegurará la reforestación”. Del mismo modo que la Constitución santafesina, podría interpretarse que estos artículos le dan fundamento constitucional al sistema de áreas naturales protegidas.

V.3. El sistema provincial de áreas naturales protegidas

Misiones, a través de la Ley XVI - 29 (antes Ley 2932) de 1992 incorpora nueve categorías de manejo:

- 1) Parques Provinciales: “las áreas terrestres o acuáticas en su estado natural, que tengan interés científico particular o especial atractivo por sus bellezas paisajísticas” (Ley XVI – 29, 1992, art. 6). Las áreas se dividen en zonas intangibles y restringidas conforme la afectación de parte de actividades humanas.
- 2) Monumentos Naturales: “los sitios, especies vivas y plantas, ambientes naturales y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de relevante y singular importancia científica, estética o cultural, declarados como tales por leyes especiales y a los cuales se les acuerda protección absoluta. Son inviolables, no pudiendo realizarse en ellos actividad

¹² MATTEUCCE, Silvia D. (2012). *Ecorregiones y Complejos Ecosistémicos Argentinos*. Orientación Gráfica Editora S.R.L., Buenos Aires.

alguna con excepción de visitas guiadas que garanticen el principio de intangibilidad absoluta, inspecciones oficiales o investigaciones científicas permitidas por la autoridad de aplicación y la necesaria para su cuidado.” (Ley XVI-29, 1992, art. 14). Existe un número importante de monumentos naturales en esta provincia: yaguareté, tapir y oso hormiguero (Ley Provincial XVI-22), lobo gargantilla, águila harpía y pato serrucho (Ley Provincial XVI-44), carayá rojo, zorro pitoco, loro charao, maracaná lomo rojo (Ley Provincial XVI-56), aguará guazú y tucán grande (Ley Provincial XVI-75), tordo amarillo y yetapa de collar (Ley Provincial XVI-79), pino paraná y palo rosa (Ley XVI-19), chachí bravo de pantano y chachí bravo de la selva (Ley XVI-82), chachí manso (Ley 4186), urunday blanco (Ley XVI- 68), cactus de teyú cuaré (Ley XVI-70), lapacho negro (Ley XVI-91), pindocito y yatay poñi (Ley 4129).

3) Reservas Naturales Culturales: “Son aquéllas en las que se encuentren comunidades aborígenes interesadas en preservar determinadas pautas culturales propias y cuya relación armónica con el medio es necesario garantizar y las que alberguen yacimientos arqueológicos, ruinas jesuíticas o cualquier otra referencia histórica de interés”. (Ley XVI-29, 1992, art. 16)

4) Parques Naturales Municipales: “Son aquellos predios de dominio municipal que conservan rasgos naturales de interés educativo y/o turístico, que permitan la subsistencia en zonas urbanas o periurbanas de aspectos naturales dignos de conservarse, y que sean declarados como tales por las autoridades pertinentes”. (Ley XVI-29, 1992, art. 21)

5) Reservas Privadas: “Se entiende por el área de dominio de particulares, con elementos naturales o culturales con valor de conservación que, mediante convenios especiales con la autoridad de aplicación, pasen a integrar el Sistema de Áreas Naturales Protegidas dentro de los principios establecidos en este Capítulo” (Ley XVI-29, 1992, art. 23)

6) Reservas Ícticas: “Es todo ambiente acuático que constituye zona de cría o de desove, de concentración de cardúmenes, singularmente calificados para estas finalidades y, en su caso, a aquellos ambientes otros que se consideren especialmente merecedores de protección por sus valores de conservación. Las reservas ícticas están sometidas a regímenes especiales de manejo, pudiendo establecerse vedas parciales o absoluta para la pesca. No puede autorizarse la pesca con redes, espineles u otras artes de pesca masiva, salvo para la pesca científica. Las áreas declaradas como reservas ícticas pueden ser de dominio público o público o privado”. (Ley XVI-29, 1992, art. 31).

7) Reservas de Uso Múltiple; Paisajes Protegidos; Reservas Naturales Estrictas: sus descripciones son similares a las plasmadas en la ley de Entre Ríos.

V.4. Territorio protegido

Misiones cuenta con una superficie total de 3.000.000 has y se destaca por destinar alrededor de 1.394.000 has a áreas naturales protegidas, convirtiéndose en la provincia de Argentina que mayor porcentaje de su superficie ha protegido mediante estas herramientas jurídicas.¹³ Allí se encuentra una de las ecorregiones más biodiversas del planeta así como alrededor del 50% del total de las especies de Argentina. Misiones conserva el mayor remanente de selva del Alto Paraná, aunque en variados estados de conservación y diversas formas de tenencia de la tierra. La pérdida y degradación de la Selva Paranaense se debe, entre otros factores, a la expansión sin control de la frontera agropecuaria, a la sobreexplotación del bosque, al desarrollo de infraestructura como represas y rutas y, a la caza ilegal de fauna silvestre.

En esta provincia, además del Parque Nacional Iguazú –segundo parque nacional de nuestro país creado en 1934– existen

¹³ Ecología Misiones (2021) Sistemas de áreas naturales protegidas. Disponible en: <https://ecologia.misiones.gob.ar/anp-sistemas-de-areas-protegidas-naturales/>

una serie de parques provinciales entre los que se destacan Cruce Caballero, De la Araucaria, De la Sierra, Fachinal, Teyú Cuaré, Esmeralda, Esperanza, Grupo Isla Grande-Iguazú, Guardaparque Horacio Foester, Ingeniero Agr. Raúl Cametti, Guaramboá, Guardaparque Segismundo Welcz, Isla Caraguay, Moconá, Profundidad, Piñalito, Salto Encantado, Urugua-í, Uruzú, Puerto Península, Salto Encantado, y Yacuy. En calidad de paisaje protegido se encuentra el Lago Urugua-i, Andrés Gai, Cerro Mborore. Como reserva natural cultural se identifica Papel Misionero en tanto reserva de usos múltiples se encuentra el parque ecológico El Puma. En carácter de monumentos naturales se individualiza la Isla Palacio e Ingeniero Florencio de Basaldúa. Finalmente, como reservas ícticas, el parque natural municipal LH Rolon, Amado Bompland, Esperanza Lote C, Salto Koppers, Tupambaé. Dentro del marco de las reservas privadas se encuentran Aguaraí-mi, Caminos de Yabebirí, Osununú, Aguapey, Curindy, Valle del Arroyo Cuña Pirú, Rincón Nazarí, Akagupy, La Ponderosa, Jaguaroundí, Rubichana, Arira í.

VI. Conclusiones

Mediante este artículo quisimos esquematizar la situación regulatoria actual de las áreas naturales protegidas en parte del litoral argentino a modo de aporte del escaso desarrollo existente en la materia dentro del marco del derecho ambiental.

Desde un punto de vista constitucional, las cartas magnas que han sido modificadas más recientemente, como es el caso de Corrientes y Entre Ríos, ya asumen de modo explícito la tutela de la biodiversidad o bien propician la generación de áreas naturales protegidas. En el caso de Santa Fe y Misiones, su texto es más alineado a la lógica de explotación racional de los recursos naturales. Esto es propio de un contexto de época, aunque, cabe señalar, con posterioridad han ido desarrollándose miradas más holistas que aparecen con el derecho ambiental y, más recientemente, con los derechos de la naturaleza como nueva forma de pensar y regular la cuestión ecológica.

En cuanto a la normativa vigente en cada territorio, las cuatro provincias cuentan con leyes provinciales sobre áreas naturales protegidas que permiten su creación, clasificación y tratamiento específico mediante diversas categorías de manejo. Las mismas no son iguales en todas las provincias, aunque este dato *per se* no significa que ante la existencia de un mayor número de categorías haya un resultado protectorio mayor. Por el contrario, el dato a observar es si la variabilidad de categorías en el territorio implica o no un resultado robusto en términos de tutela de la diversidad de ecosistemas existentes.

Santa Fe destina la menor cantidad de territorio destinado a áreas naturales protegidas. A su vez, la distribución de las mismas permite advertir la existencia de ambientes naturales sub-representados a lo que se suman problemas de control respecto del estado de cada área. En el caso de Entre Ríos, si bien cuenta con una gran cantidad de áreas naturales protegidas, se advierte un control precario por parte de las autoridades con respecto al estado actual de aquellas, convirtiéndose en la principal dificultad a la hora de conocer las áreas naturales entrerrianas. Misiones, por su parte, es la provincia que mayor porcentaje de su superficie ha destinado a proteger mediante estas herramientas jurídicas, aunque aún perviven problemas de control, así como de tensiones y conflictos por los usos de los territorios. La Provincia de Corrientes, aún con pocas categorías de manejo, es la segunda provincia de esta parte del litoral que alberga gran cantidad de áreas protegidas y la mayoría se encuentran en los Esteros del Iberá.

Este breve y esquemático recorrido permite construir una fotografía sobre lo que generalmente se observa al momento de pensar los sistemas de áreas naturales protegidas. Sin embargo, en función de los resultados protectorios y del estado de la biodiversidad no sólo en esta región sino a nivel global, existen propuestas que proponen revisar las regulaciones vigentes y sugerir modificaciones desde perspectivas emergentes en la actualidad. En América Latina los aportes en este camino son

relevantes en la medida en que se comienza a desenvolver un giro eco-céntrico que se caracteriza por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho. A ello se suman normativas locales y decisiones judiciales que reconocen como tales a ciertos ecosistemas o territorios. En ese sentido, en Colombia, algunos parques naturales han sido declarados como sujetos de derecho recientemente. Entre ellos, el parque nacional Islas de Salamanca,¹⁴ el parque nacional Los Nevados,¹⁵ y el parque nacional Complejo de Páramos las Hermosas.¹⁶

Este reciente y prolífico proceso permite retomar algunas propuestas que, hace algunas décadas ya aludían a la posibilidad de repensar el estatuto jurídico de los espacios en los que se protege la biodiversidad.¹⁷ En este contexto, una reactualización de los mecanismos legales para la tutela de la diversidad biológica exige un diálogo con los procesos contemporáneos que se están desarrollando al interior del derecho ambiental latinoamericano y que, de diferente modo intentan desmarcarse de la lógica antropocéntrica que permea en gran medida el derecho de la conservación.

¹⁴ STC 3872/2020 de la Cámara de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 18 de junio de 2020.

¹⁵ Acción de tutela de primera instancia 73001-22-00-000-2020-000091-00, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Quinta de Decisión Laboral, 28 de agosto de 2020.

¹⁶ Acción de tutela de primera instancia 73001-22-05-000-2020-00097-00, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Laboral, 15 de septiembre de 2020.

¹⁷ Entre los primeros antecedentes se destaca: HERMITTE, Marie-Angèle (1988) "Le statut de la diversité biologique" en EDELMAN Bernard y HERMITTE Marie-Angèle (comps.) *L'homme, la nature et le droit*. Christian Bourgois, Paris.

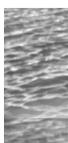
Anexo

Cuadro comparativo de la legislación provincial por categorías de conservación

Categorías de conservación Santa Fe	Categorías de conservación Entre Ríos	Categorías de conservación Corrientes	Categorías de conservación Misiones
Ley N° 12.175/2003	Ley N° 10.749/2017	Ley N° 4.736/1993	Ley XVI - N° 29 (antes Ley N° 2932) /1992.
Reserva Natural Estricta o Reserva Científica.	Reservas Naturales Estrictas		Reservas Naturales Estrictas
Parques Provinciales.	Parques Naturales	Parque Provincial	Parques Provinciales
Monumentos Naturales	Monumentos Naturales	Monumentos naturales	Monumentos Naturales
Reserva Natural Manejada o Santuario de Flora y Fauna.		Reserva natural	
Paisaje Protegido	Paisajes Protegidos		Paisajes Protegidos
Reservas Naturales Culturales	Reservas Naturales Culturales		Reservas Naturales Culturales
Reservas Privadas de Uso Múltiple.	Reservas de Usos Múltiples		Reservas de Uso Múltiple Reservas Privadas
Reservas hídricas o humedales			
	Reservas ícticas		
			Parques Naturales Municipales



SECCIÓN ESPECIAL
DERECHO CUBANO



Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: *Ahora puedo entender que nunca te vas a ir
de mi lado JulietaRockera*

Perfiles jurisprudenciales de la protección a los terceros adquirentes de viviendas mediante compraventa en Cuba

Jurisprudential profiles of the protection of third party purchasers of real estate in Cuba

Suset Hernández Guzmán¹

Universidad de La Habana, Cuba

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 439-483

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e523>

Recibido: 01/01/2021

Aprobado: 15/03/2021

Resumen: El artículo muestra un acercamiento a la realidad cubana en torno a la protección a los terceros adquirentes de viviendas obtenidas mediante contrato de compraventa entre personas naturales, en atención a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Popular con posterioridad a 2011. Las severas limitaciones impuestas a la autonomía privada en relación con este contrato en particular desde los primeros años de la Revolución, unido al sensible desmantelamiento del Registro de la Propiedad regido por la Ley Hipotecaria de 1893, determinan la desaparición de estos sujetos del escenario jurídico hasta que se produce la flexibilización del tráfico inmobiliario del país en el año indicado, con la

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana (2009). Profesora Auxiliar del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de este centro de altos estudios (2018). Máster en Derecho Civil por la propia institución (2016). Aspirante a Doctora en Ciencias Jurídicas y Empresariales por la Universidad de Almería, España y por la Universidad de La Habana, Cuba; en razón del Convenio de Cotutela Internacional para Tesis de Doctorado. Ex jueza suplente no permanente de lo Civil y lo Familiar del Tribunal Provincial de La Habana. Notaria en ejercicio. Email: suset@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8802-4346>).

puesta en vigor del Decreto Ley Núm. 288, modificativo de la Ley General de la Vivienda. Por ello, se valoran las soluciones ofrecidas por la máxima judicatura cubana a fin de identificar un posible perfil jurisprudencial de los terceros adquirentes y proponer pautas de actuación jurisdiccional que guíen el camino hacia su efectiva protección en el corto plazo.

Palabras claves: Tercero adquirente, compraventa de vivienda, tutela jurisdiccional, aplicación del Derecho.

Abstract: The article shows an approach of the protection of real estate third party purchasers by sale between natural persons in Cuba, in response to the judgments issued by the Supreme People's Court after 2011. Severe limitations imposed on private autonomy, regarding to this contract from the early years of the Revolution, together with the sensitive dismantling of the Property Registry governed by the Land Register and Mortgage Law of 1893, determined the disappearance of these subjects from the national legal scene until 2011, when the country's real estate traffic became more flexible, through the enactment of Decree Law No. 288 that amended the General Housing Law. Due to this reason, the solutions offered by the highest Cuban judiciary are valued in order to identify a possible jurisprudential profile of third-party acquirers and to propose guidelines for judicial action that set the way towards their effective protection in the short term.

Keywords: Third party acquirer on real estate, dwellings sales, judicial protection, Law application.

I. El contexto que trasciende a la impartición de justicia. A modo de introducción

La protección a los terceros adquirentes de inmuebles, en particular, de viviendas de residencia permanente adquiridas mediante contrato de compraventa entre particulares, constituye un tema de máxima actualidad en el contexto cubano. La asentada tutela jurisdiccional a favor de estos sujetos se frustra a partir de la segunda mitad de la década de los sesenta del siglo XX²,

² La aprobación y entrada en vigor de la Ley de Reforma Urbana (LRU) en 1960, primero, y luego de la Ley Núm. 1180 en 1965, incide de manera directa en la decadencia del Registro

tras la desarticulación del Registro de la Propiedad en Cuba, fundado en 1880 y regido por la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar (LHU) de 1893³. La sensible disminución del tráfico jurídico de este tipo de inmuebles también influye en la distorsión de la figura en estudio; pues la compraventa de viviendas recibe –desde los primeros años revolucionarios– serias limitaciones legales que afectan la autonomía de la voluntad y reducen el contenido esencial del derecho de propiedad procurado a través de esta modalidad contractual, casi a su mínima expresión⁴.

Así, el desmantelamiento del Registro de la Propiedad que constituye pilar inexorable de la protección a los terceros adquirentes de inmuebles, unido a la imposibilidad de transmitir libremente las viviendas mediante compraventa, determinan que el artículo 34 de la LHU⁵, amparador de la fe pública registral y, por tanto, el principal fundamento legal que hasta aquel

de la Propiedad como medio de aseguramiento de los derechos reales en el país, al punto de pasar desapercibido por la palestra jurídica cubana por casi cuarenta años. *Ley de Reforma Urbana*, de 14 de octubre de 1960, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición Extraordinaria, en la propia fecha de su promulgación, en *Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución, Folletos de Divulgación Legislativa*, Núm. XXV (1º al 31 de octubre de 1960), Ed. Lex, La Habana, 1960, pp. 5-33. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 11, edición Ordinaria, de 5 de julio de 1965, en *Leyes del Gobierno Revolucionario de Cuba Provisional, Folletos de Divulgación Legislativa*, Núm. LVIII (julio, agosto y septiembre de 1965), Ed. Nacional de Cuba, La Habana, 1965, pp. 5-18.

³ Ley de 14 de julio de 1893, en edición oficial promovida por el Ministerio de Ultramar, Ed. Imprenta de la viuda de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1893.

⁴ La LRU, unido a las leyes generales de la vivienda que emergieron en la década de los ochenta del siglo XX, provocan prácticamente la prohibición de celebrar este contrato entre personas naturales, ya que desde un inicio el Estado se arroga el derecho de tanteo sobre cualquier venta que desearan efectuar los particulares, y luego, solo a través de él, es que las personas podrían comprar estos inmuebles mediante compraventa. Ley Núm. 48, *Ley General de la Vivienda* (1ª LGV) de 27 de diciembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 22, edición Extraordinaria, de 31 de diciembre de 1984. Ley Núm. 65, *Ley General de la Vivienda* (2ª LGV) de 23 de diciembre de 1988, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 3, edición Extraordinaria, de 8 de febrero de 1989.

⁵ Artículo 34: (...) los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez

momento mantiene a salvo las adquisiciones experimentadas por terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso en la Isla, inicie un largo período de inaplicación⁶. Por ello, la hipótesis normativa contenida en el citado precepto deja de tener virtualidad jurídica, en tanto las condiciones objetivas no favorecen la configuración de los terceros adquirentes⁷.

Con el Decreto Ley Núm. 288 de 2011⁸ se autoriza la celebración de contratos de compraventas de viviendas de residencia permanente entre particulares. Como resultado de la implementación del numeral 297 de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución⁹, la anhelada flexibilización del tráfico inmobiliario ve la luz y, en su razón, se

inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente el mismo Registro.

⁶ En realidad, todo el andamiaje jurídico registral cae en desuso.

⁷ El tercero adquirente resulta ser quien, a partir de una relación jurídica obligacional válidamente establecida, obtiene el derecho de propiedad respecto a un bien inmueble de quien aparentemente está legitimado para transmitir (transferente o transmitente). Su titularidad real es cuestionada por el titular civil —conforme a la nomenclatura tradicional, el *verus dominus*—, como consecuencia de la declaración de invalidez o ineficacia del acto jurídico que antecede a su adquisición —que ataca directamente la titularidad de su transmitente en supuestos de conexión lineal- o al reconocimiento de un derecho preexistente —a favor del titular civil, en supuestos de conexión transversal *ob rem*—, desencadenantes de la ausencia o insuficiencia de facultad dispositiva en su transmitente. En otras palabras, se trata del sujeto que ha adquirido el derecho real por antonomasia de manos de un no propietario, experimentando una adquisición *a non domino*; pero lo ha hecho bajo la confianza que le infunde el Registro de la Propiedad, donde aparece el transferente como el legítimo titular real (titular registral).

⁸ Decreto Ley Núm. 288, *Modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, "Ley General de la Vivienda"*, de 28 de octubre de 2011, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 35, edición Extraordinaria, de 2 de noviembre de 2011, en vigor desde el 10 de noviembre del propio año.

⁹ Aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el propio año 2011. Con el propósito de actualizar el modelo económico cubano se ordena, en el lineamiento 297: Establecer la compraventa de viviendas y flexibilizar otras formas de transmisión de la propiedad (permuta, donación y otras) entre personas naturales. Agilizar los trámites para la remodelación, rehabilitación, construcción, arrendamiento de viviendas y transferencia de propiedad, con el objetivo de facilitar la solución de las demandas habitacionales de la población. Cfr. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobado el 18 de abril del año 2011, p. 37, disponible en

reorganiza el escenario material para que las relaciones jurídicas que dan vida a los terceros adquirentes –y los conflictos que le son inherentes-, germinen en la sociedad cubana. No se puede perder de vista que la nueva era del Registro de la Propiedad comienza a mediados de la década de los noventa del siglo pasado, cuando resulta necesario habilitarlo para brindar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros; proceso que se logra paulatinamente bajo el impulso del Ministerio de Justicia, que a través de varias disposiciones jurídicas logra despertar la publicidad inmobiliaria registral¹⁰. Hacia noviembre de 2011, el Registro funciona en todo el país, por lo que se establece como garantía de la formalización notarial de la compraventa de vivienda, la previa inscripción registral.

Sin embargo, como es de suponer, el desgaste no solo de estos sujetos como categoría jurídica merecedora de protección privilegiada en presencia de ciertos requisitos, sino de la fuerza misma de la inscripción registral y su incidencia en las relaciones civiles, las que se caracterizan durante años por el efecto de arrastre de las nulidades inmobiliarias –de permutas

<https://www.pcc.cu/sites/default/files/documento/pdf/-20180426/lineamientos-politica-partido-cuba.pdf>, consultado el 7 de julio de 2020, 9:35 am.

¹⁰ Decreto Ley Núm. 185, *Modificativo de la Ley Número 65 de 23 de diciembre de 1988*, “Ley General de la Vivienda”, de 28 de mayo de 1998, publicado en la en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 2, edición Extraordinaria, de 6 de julio de 1998. Resolución Núm. 247 del Ministro de Justicia, “Normas para la inscripción de los inmuebles, títulos y derechos reales en el Registro de la Propiedad”, de 15 de septiembre de 2003, publicada en la Gaceta Oficial de la República Núm. 16, edición Extraordinaria, de fecha primero de octubre de 2003. Resolución Núm. 249/2005 del Ministro de Justicia, “Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad”, de 7 de octubre de 2005, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 28, edición Extraordinaria, de 28 de octubre de 2005; en vigor desde el 1º de diciembre de 2005. Resolución Núm. 114 de la Ministra de Justicia, “Las normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad”, de 29 de junio de 2007, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 39, edición Extraordinaria, de 6 de agosto de 2007. Junto a la última de estas disposiciones que es la que se encuentra vigente, también integra el actual ordenamiento registral el Decreto Ley Núm. 335, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, de 20 de noviembre de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 40, edición Extraordinaria, de 14 de diciembre de 2015.

y donaciones con visos de ilegalidad- y por la tutela de los derechos de verdaderos propietarios, influyen, sobremanera, en las soluciones ofrecidas a partir de noviembre de 2011 por los tribunales cubanos, en especial, su máximo foro de justicia, a cuyas decisiones particulares se aproxima este artículo. Incide desfavorablemente, además, el contexto legislativo.

En el ámbito estrictamente sustantivo, ni el Código Civil (CC)¹¹ ni la Ley General de la Vivienda (LGV)¹², reconocen los derechos de terceros adquirentes¹³. Por su parte, del análisis de la normativa registral se deduce que existe un marco legal promovido por el Ministerio de Justicia que regula desde el punto de vista organizativo y procedimental el Registro de la Propiedad; empero, excepto determinados efectos generales destinados a regir su estructura y funcionamiento¹⁴, resulta imposible distinguir –dentro de todo el marco regulatorio- otros efectos relacionados especialmente con la inscripción. De ahí que deba acudir al artículo 34 de la LHU, en su razón de texto legal supletorio¹⁵, para sustentar legalmente las adquisiciones a favor de los terceros adquirentes de viviendas.

¹¹ Ley Núm. 59, *Código Civil*, promulgada el 16 de julio de 1987, vigente desde 12 de abril de 1988, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 9, edición Extraordinaria, de 15 de octubre de 1987. Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (2017). *Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 (Anotado y concordado)*. Ed. Ediciones ONBC, La Habana.

¹² Ley Núm. 65 de 23 de diciembre de 1988, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 3, edición Extraordinaria, de 8 de febrero de 1989.

¹³ Salvo los artículos 84 y 192 del Código Civil, ningún otro precepto establece alguna pauta expresa que, con sus limitaciones, pudiere beneficiarles, pero estos se aplican a adquirentes de bienes muebles.

¹⁴ Cfr. artículos 5.1 y 5.2 del Decreto Ley Núm. 335, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, de 20 de noviembre de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 40, edición Extraordinaria, de 14 de diciembre de 2015, en vigor a partir de su publicación oficial. Consúltense además la Resolución Núm. 114 de la Ministra de Justicia, “Las normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad”, de 29 de junio de 2007, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 39, edición Extraordinaria, de 6 de agosto de 2007, en vigor a los 30 días de su publicación oficial.

¹⁵ El carácter supletorio de la LHU ha sido reconocido por García Henríquez en relación con la Resolución Núm. 249/2005 dictada por el Ministro de Justicia –que antecede a la

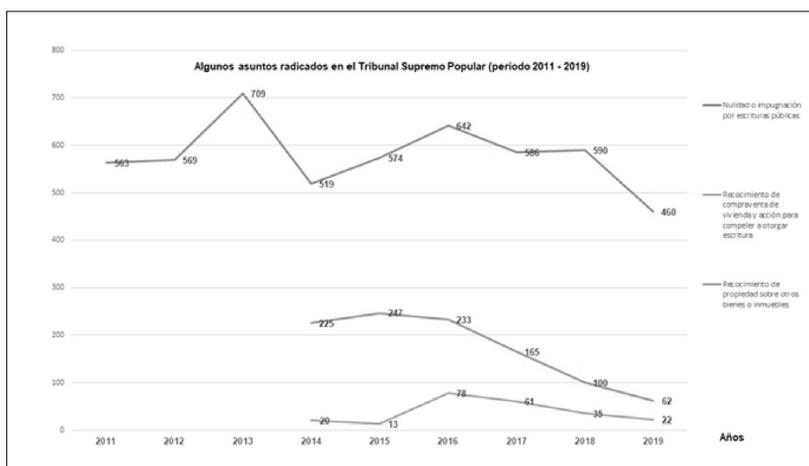
A más de un siglo de su promulgación, varios son los factores que atentan contra la aplicación del contenido de la LHU como cuerpo legislativo, lo que redundará en insuficiencias del régimen jurídico aplicable al aseguramiento del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles y a la protección de los sujetos que constituyen el centro de atención de este estudio. Las derogaciones parciales que ha sufrido, la inaplicación de facto de sus preceptos por no ajustarse en cierto momento histórico –como se ha dicho- la realidad material al orden jurídico por ella establecido, el desuso por más de treinta años de las oficinas registrales, con la consiguiente interrupción del tracto sucesivo en la inscripción de los bienes inmuebles, o la falta de incentivos y de cultura de inscribir por parte la población, sin dudas repercuten negativamente en el reconocimiento de la eficacia del Registro de la Propiedad y en la pertinencia de la fe pública para legitimar las adquisiciones *a non domino*¹⁶.

actual Resolución Núm. 114/2007, del propio organismo-, cuando expresa: "(...) aquellas cuestiones que no se encuentran expresamente reguladas en la referida resolución, le son aplicables las normas que aún mantienen vigencia de la Ley Hipotecaria de 1893 y su Reglamento, que tienen un carácter supletorio de las disposiciones contenidas en la Ley General de la Vivienda, relativas al Registro de la Propiedad". GARCÍA HENRÍQUEZ, Francisco E. (2006). "Nuevo registro de la propiedad y ordenamiento inmobiliario en Cuba", en *Boletín Oficial Registro Mercantil Central*, Ministerio de Justicia, Vol. 2, Núm. 1, p. 38. Asimismo, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Alfaro Guillén y ROSABAL ROBAINA, sostienen que: "Tanto el aspecto sustancial de la contratación como su dimensión registral están regulados por cuerpos normativos relativamente vigentes, que tienen como antecedentes el Código civil y la Ley Hipotecaria de Ultramar, a nuestro juicio en ambos casos con vocación de supletoriedad". Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, ALFARO GUILLEN, Yanet y ROBAINA, Yuniel (2019). "Publicidad, seguridad jurídica y tercero inmobiliario. Apuntes teóricos y jurisprudenciales de cara al debate de su necesaria protección en Cuba", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XCV, Núm. 773, Madrid, mayo-junio, pp. 1363.

¹⁶ Para profundizar en las adquisiciones *a non domino*, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2001). "Breves reflexiones sobre las adquisiciones a non domino de inmuebles en el Ordenamiento alemán", en *Anuario de Derecho Civil*, Núm. LIV, fascículo 4, octubre, pp. 1555-1595; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María (1985). "Configuración doctrinal de las adquisiciones «a non domino»", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 567, Madrid, marzo-abril, 1985, pp. 343-352; FONT BOIX, Vicente (1967). "La adquisición «a non domino»", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XLIII, Núm. 463, Madrid, noviembre-diciembre, 1967, pp. 1607-1640.

Esta situación ha motivado en operadores del Derecho, principalmente en jueces y magistrados –también en especialistas y teóricos- de la Isla, distintas interpretaciones en torno al vigor y validez de la LHU, con trascendencia a la aptitud –o ineptitud- de su andamiaje categorial y de principios para solventar los conflictos relativos a la propiedad inmobiliaria inscrita, en particular, los relativos a terceros adquirentes.

II. La configuración de la desprotección a los terceros adquirentes de viviendas mediante compraventa por parte del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba: principales tendencias



Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas de la Dirección de Organización, Planificación e Información del TSP (2011-2019)

En consonancia con los cambios ocurridos a partir del Decreto Ley Núm. 288/2011, se suscitan reclamaciones ante los tribunales en aras –fundamentalmente- de anular o impugnar las escrituras públicas, así como de reconocer actos de compraventa anteriores a la entrada en vigor de dicha norma; sin embargo, no resulta constatable –desde el punto de vista

estadístico¹⁷, a través del gráfico siguiente- en cuántos de los casos se presenta la arista de salvaguarda al tercero adquirente y, además, tampoco constituyen fiel representación del universo de procesos promovidos al respecto, pues solo se reflejan los conocidos en la máxima instancia.

Por otro lado, resulta tarea complicada detectar o establecer un razonamiento uniforme en la solución de conflictos a tenor de las disímiles posiciones asumidas por la Sala de especialidad del TSP cubano, ante situaciones fácticas y legales de similar índole; sin embargo, se puede afirmar que, a partir de 2011, se ha transitado por tres etapas en el ámbito decisorio en lo que a protección –o desprotección- de terceros adquirentes se refiere, relacionadas con la existencia de *líneas de pensamiento* que pueden resumirse en:

1ª) Efecto absoluto del arrastre de nulidades u otras causales de ineficacia sobre posteriores actos o negocios traslativos del dominio

Con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley Núm. 288/2011, solo se declara la nulidad en cadena de contratos de permutas o donaciones con ánimo de lucro, con incidencia en las compraventas subyacentes; todo ello sin que medien pronunciamientos sobre los posibles terceros adquirentes, ya sea por el desconocimiento de la figura e instituciones afines o por la endeble arquitectura registral que necesariamente le ha

¹⁷ Ante la respuesta de la Dirección de Organización, Planificación e Información del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba (en lo adelante, TSP) de no tener contabilizados los casos en que se discute sobre la protección a los terceros adquirentes, se solicita y obtiene la información sobre los asuntos en los que –a juicio de esta autora- puede constituir pretensión principal o subsidiaria; a saber: nulidad o impugnación de escrituras públicas, reconocimiento de compraventa de vivienda y acción para compeler a otorgar escritura, reconocimiento de propiedad sobre otros bienes o inmuebles. La solicitud en cuestión se extiende a los datos estadísticos relacionados con procesos de nulidad y otros ordinarios, de 2011 a la actualidad, para conocer el índice de procesos de reconocimiento de la compraventa de vivienda, de nulidad de contrato de compraventa u otras causales de ineficacia y reivindicatorios.

de soportar. A partir de noviembre de ese propio año, comienza una especie de revolución intelectual en el gremio jurídico en torno a las posibilidades que brinda la nueva normativa y su repercusión en el tráfico inmobiliario. Así, comienzan a promoverse los reconocimientos de contratos de compraventa previamente celebrados¹⁸ y puede decirse que resurge la figura del tercero adquirente.

En sentido general, con el Decreto Ley y hasta unos cinco años más tarde, se abre espacio a reconocimientos de contratos de compraventa y a reclamaciones relacionadas con su nulidad o invalidez, ello con un criterio favorable en sede jurisdiccional y que trae como consecuencia el arrastre de la ineficacia en la cadena transmisiva.

¹⁸ Resulta emblemática la sentencia del TSP Núm. 46, de 28 de febrero de 2013, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, que reconoce un contrato de compraventa celebrado en el año 1998, reconocimiento judicial que se interesa en el año 2012, ante la ausencia de disposiciones transitorias en el Decreto Ley Núm. 288/2011. El tribunal actuante razona en su primer Considerando "(...) la marcada injusticia que trae consigo no atribuirle a la relación negocial entre los litigantes instituida, los favorables efectos que la novedosa norma inmobiliaria les reconoce de cara a formalizar el contrato realizado con la obtención de pertinente titularidad a favor del comprador (...)", una vez comprobados los elementos de hecho que apuntan hacia la constatación fáctica objeto de tutela, a pesar de que su validez y eficacia estuviera vedada legalmente al momento de su perfección. Pondera el juzgador entre legalidad y justicia, con apego a los objetivos de la actividad judicial de "cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista y amparar los intereses legítimos de los ciudadanos", como se deduce del segundo Considerando. Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 492 de 2012, interpuesto contra la Sentencia Núm. 101 de 21 de agosto de 2014, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en proceso civil ordinario Núm. 62 de 2012, sobre Reconocimiento de contrato de compraventa y condena a cumplir la obligación de otorgar la escritura pública ante Notario. Interesante comentario acerca de esta sentencia puede consultarse en, VELAZCO MUGARRA, Miriam (2013). "Comentario a la Sentencia No. 46 de 28 de febrero de 2013, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular", en *Boletín ONBC*, Núm. 47, enero-marzo, 2013, pp. 71-75. La nueva era que apertura la citada resolución judicial conduce a la emisión de la Circular Núm. 265 del Presidente del TSP, de 2 de abril de 2013; disposición que en su apartado tercero establece que los tribunales tienen la obligación de viabilizar la participación de terceros interesados en el proceso, e incluso llamarlos de oficio, cuando ello resulte necesario. Terceros que pueden resultar, en no pocos casos, terceros adquirentes, arropados bajo la condición de terceros hipotecarios.

2^a) Vocación relativamente protectora

Aunque existen predecesoras decisiones que confieren cierta protección al tercero adquirente, es la sentencia del TSP Núm. 114 de 28 de febrero de 2017¹⁹ la que marca un hito en la solución de los conflictos, sin que pueda aludirse a un giro jurisprudencial en virtud de los devaneos judiciales anteriores y posteriores²⁰. La sentencia reconoce valor a la inscripción en el Registro de la Propiedad, alude a la seguridad jurídica que ofrece y pondera derecho a la herencia con el derecho de propiedad adquirido de buena fe por el tercero, con prevalencia de este último. Así, la Sala aprecia en su primer Considerando que: “(...) en el caso aun cuando la ahora no recurrente fue omitida en el acto de adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende, la Escritura que lo contiene fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad inmobiliario y cumplido ese trámite, que obviamente imprime de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos posteriores, fue vendida la vivienda objeto de la adjudicación a los ahora recurrentes, que asisten al proceso en su carácter de terceros que han actuado de buena fe (...)”.

Posteriores sentencias, con diversos criterios como sustento y aisladas en el tiempo, también protegen al tercero adquirente, sin que resulte previsible -sobre la base de una certeza de salvaguarda- el pronunciamiento judicial, pues con supuestos fácticos similares y en fechas cercanas, iguales ponentes fallan de manera diferente.

¹⁹ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 1001 de 2016, interpuesto contra la Sentencia Núm. 252, de 30 de septiembre de 2016, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, que resuelve el proceso ordinario Núm. 60 de 2016, sobre Nulidad de Acto Jurídico de Adjudicación de Herencia contenido en escritura notarial.

²⁰ Al respecto, la reciente doctrina patria ha sostenido que “Habrá entonces dictados aislados, dicotómicos, variación temporal o como deba llamársele, pero no criterios jurisprudenciales, por la consolidación que ha de tener la «doctrina» sentada por el juez, en el sentido de su perdurabilidad, más allá de su repetición, cuestiones claramente diferentes”. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, ALFARO GUILLÉN, Yanet y ROBAINA, Yuniel Rosabal. “Publicidad, seguridad jurídica y tercero inmobiliario...”, *cit.*, p. 1365.

3^a) Prevalencia de la no tuición de los terceros adquirentes

Los pronunciamientos judiciales esperanzadores²¹ no han sido óbice para establecer criterios en contra de la protección a los terceros adquirentes de viviendas, ciertamente mayoritarios. Ello no solo pone de relieve la falta de una posición uniforme en la máxima judicatura, que regresa -a menudo- a la primera línea de pensamiento con aciago olvido del valor de la inscripción registral y de la necesaria seguridad del tráfico jurídico; sino también la falta de confianza -de los justiciables y de la propia judicatura en la instancia- ante la ausencia de una línea única de solución de estas discrepancias.

Constantemente se retrocede al mismo efecto de la época en que el tráfico de viviendas se reduce a la permuta y de donación a favor de determinadas personas, bajo control administrativo y en desmedro de la actividad registral o en correspondencia con aquellos tempranos años en que se cuajan los conflictos típicos de terceros adquirentes; razonamientos descontextualizados que requieren de sensibilización y actualización doctrinal y normativa.

Si bien a través del análisis de sentencias se advierte la inexistencia de una única postura en la solución de conflictos en relación a los terceros adquirentes de viviendas, además de la ausencia de una o varias líneas estables y concisas, es lo cierto que constituye una técnica de investigación que, de conjunto con otras, permite establecer *tendencias* -por así llamarle- en el pensamiento y la orientación de la argumentación de la máxima judicatura patria sobre la protección a estos particulares sujetos que intervienen en el tráfico.

Tendencia núm. 1: Alcance conceptual

Llama la atención cómo un constructo jurídico de compleja composición e intelección, no ha sido definido oportunamente

²¹ Cfr. Sentencias del TSP Núm. 620 de 9 de agosto de 2016, Núm. 114 de 28 de febrero de 2017, Núm. 1062 de 29 de diciembre de 2017, Núm. 49 de 11 de febrero de 2019, Núm. 64 de 15 de febrero de 2019, Núm. 463, de 18 de julio de 2019, Núm. 601 de 20 de agosto de 2019 y Núm. 212 de 30 de agosto de 2019. Los datos restantes relativos a cada una de ellas, se consignan posteriormente, al ser referenciadas durante el análisis.

por la magistratura cubana. La ausencia de una delimitación conceptual o de elementos que le perfilen, y de los requisitos para recibir especial tutela del ordenamiento jurídico, resulta evidente. Ello ha motivado errores conceptuales que trascienden a los fundamentos jurídicos que sostienen las posturas de las partes y del tribunal en sus respectivos actos procesales, fundamentalmente en los relativos a la toma de decisiones judiciales.

Así, con cierta frecuencia, se califica como tercero adquirente de buena fe al comprador o donatario que ha recibido el dominio de una vivienda en la que residen convivientes protegidos por el artículo 65 de la LGV, que ahora solicitan la declaración de nulidad del contrato celebrado al amparo del artículo 70, apartado 5, de la propia ley. En este caso, el comprador o donatario no es tercero adquirente, aunque actúe de buena fe -lo que ha de traducirse en desconocimiento de la existencia del conviviente-, toda vez que él es parte del contrato afectado por la causal de nulidad. No es tercero, sino parte contractual.

La sentencia del TSP Núm. 710, de 30 de octubre de 2017²² ilustra al respecto. Se trata de un fallo en casación que, en su primer Considerando, dispone: “(...) la situación de hecho que se integra como cierta a la sentencia deriva lógica y razonablemente de la adecuada valoración de los distintos medios que conforman el material de conocimiento aportado, incluyendo las cuestionadas, cuyos resultados individuales y de conjunto no arrojan elementos de juicio que favorezcan la especial protección que como conviviente alude cercenada por la vigencia de los distintos actos jurídicos que impugna, con soslayo de que dicha condición la abandonó por sí con anterioridad a que

²² Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 510 de 2017, interpuesto contra la Sentencia Núm. 25 de 10 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, que resuelve el proceso civil ordinario Núm. 230 de 2016, sobre Nulidad de acto jurídico contenido en escritura pública notarial.

se formalizaran, despojándose voluntariamente de la cohabitación que realizaba del inmueble objeto de enajenación, en tanto no consta que en su contra haya accionado el otrora titular para obstruir su permanencia en la controversial vivienda, al tiempo que siendo originalmente una unidad física inmobiliaria, fraccionada a favor de tercero quien la adquirió por compraventa mediante escritura pública notarial (...) de dos mil catorce, momento en que ya había hecho dejación de su residencia en el recinto desde el año dos mil trece, tras lo cual tuvo lugar otro acto de disposición sobre la vivienda que en planta alta el propietario reservó para sí, mediante contrato de compraventa (...), sin que obre constancia de haber accionado activa y diligentemente a partir de la situación de conflicto que alega, a raíz de los mentados sucesos, y en defensa de los derechos ocupacionales que esgrime, contra su otrora titular antes de que abandonara el territorio nacional, en tanto hacerlo contra los adquirentes de buena fe, no justifica la tutela judicial que invoca”.

Asimismo, la sentencia Núm. 180, de 6 de marzo de 2018²³ que resuelve el recurso de casación interpuesto por la compradora de una vivienda, perjudicada por la declaración de nulidad del contrato celebrado entre ella y la hija del demandante, quien al día siguiente de la formalización del acto abandona el país dejando en estado de desprotección a su padre (anterior propietario de la vivienda, recluso al momento de la venta en un establecimiento penitenciario) dispone en su segundo Considerando que: “(...) el derecho del conviviente desprotegido con la controvertida compraventa inmobiliaria debe atenderse con prelación al de *la compradora que actuó de buena fe* al desconocer la causal de ineficacia que invalidaba el negocio concertado (...)”.

²³ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 29 de 2018, interpuesto contra la Sentencia Núm. 207, de 31 de julio de 2017, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, que resuelve el proceso civil ordinario número 9 de 2016, sobre Nulidad de Contrato de Compraventa.

Otras sentencias del TSP como las Núm. 25²⁴ y Núm. 35²⁵, ambas de 31 de enero de 2020, evidencian los desacertados criterios manejados por los operadores en la instancia, al alegar y acoger excepciones perentorias aparentemente con sustento teórico adecuado. Así, una aparece bajo la denominación de *protección de derechos de terceros adquirentes de buena fe*, cuando realmente solo existe un sujeto en esta condición, al haber acontecido dos compraventas sucesivas y solo existir la posibilidad de vicio de nulidad en cuanto a la primera de ellas; otra, como consagración de la buena fe a favor del tercero comprador y de la expropiataria vendedora, sin embargo, las adjudicatarias celebran un contrato de compraventa cuya validez es atacada por un supuesto conviviente protegido, luego, el comprador es parte en el contrato objeto de nulidad, no es tercero, y su buena o mala fe es intrascendente.

Tendencia núm. 2: Norma aplicable

A consecuencia de la turbida evolución de la actividad registral cubana, la inoperancia de la LHU por tantos años y el desuso de instituciones concordantes, los primeros casos presentados en los tribunales, a raíz de la puesta en vigor del Decreto Ley Núm. 288/2011, encuentran fundamento jurídico en los principios generales de buena fe (*ex* artículo 6 del CC), prohibición de abuso del derecho (*ex* artículo 4 del CC) y en menor medida –paradójicamente–, en el principio de seguridad jurídica. La invocación de la preceptiva registral resulta esquivada hasta hace aproximadamente tres años, ya que los representantes letrados de terceros adquirentes comienzan a sustentar sus

²⁴ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 963 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 103, de 28 de junio de 2019, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana en el proceso ordinario Núm. 226 de 2018, sobre Nulidad de Contrato de Compraventa de Vivienda.

²⁵ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 885 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 109 de 31 de julio de 2019, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, que resuelve el proceso civil ordinario Núm. 105 de 2018, sobre Nulidad de acto jurídico.

escritos polémicos en la Resolución Núm. 114/2007 de la Ministra de Justicia, en relación con los artículos. 33 y 34 de la LHU. Del estudio de las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP desde 2011 hasta la fecha, se constata esta realidad, fundamentalmente, a partir de 2018.

Sin embargo, la invocación no se refleja en su aplicación, que ha sido mucho más reservada. Salvo halagüeños fallos a nivel provincial²⁶, que reconocen la eficacia de los artículos mencionados y, por ende, la vigencia y validez de la LHU en la materia objeto de estudio, la Sala de la especialidad del alto foro no ha asumido -como criterio general- su pertinencia para solventar este tipo de conflictos, a pesar de haber sido esgrimidos. Valoraciones superficiales en torno al desfase del cuerpo normativo con el actual escenario y su supuesta ineptitud para regir las relaciones constituidas en el pleno siglo XXI, han cercenado la viabilidad de la fe pública registral –fundamento legal *ad hoc* que ni siquiera se trae a colación en los razonamientos del tribunal- para atribuir la regla de propiedad a favor de los terceros adquirentes de viviendas²⁷.

²⁶ Se hace referencia a la Sentencia Núm. 118 de 31 de julio de 2018, de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, dictada en el proceso civil ordinario Núm. 32 de 2018, sobre Nulidad de acto jurídico contenido en escritura pública notarial, ratificada por la sentencia del TSP Núm. 64 de 15 de febrero de 2019, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 952 de 2018; y las sentencias Núm. 137 de 31 de agosto de 2018 y Núm. 203, de 21 de noviembre de 2019, de la propia sala, dictadas en los procesos civiles ordinarios Núm. 414 de 2017 y Núm. 34 de 2019, respectivamente, teniendo por objeto declarar la nulidad de actos jurídicos contenidos en escrituras públicas notariales.

²⁷ La tutela privilegiada a favor del tercero adquirente se concreta mediante la atribución de una regla de propiedad que permite el mantenimiento del derecho real adquirido, y con ello que el contrato traslativo celebrado cumpla su finalidad. Ello implica, que el titular civil debe ser protegido mediante una regla de responsabilidad. Sobre el rejuego de estas reglas, en este tipo de conflictos, consúltese CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas (1996). "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral", traducido al castellano por el Centro de Estudios Públicos, en *Revista de Estudios Públicos*, Núm. 63, invierno, pp. 349 y 350; y, particularmente, MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (2013). "Derechos reales y titularidades reales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIX, Núm. 736, marzo-abril, pp. 763-860.

Así se colige de la sentencia del TSP Núm. 815, de 21 de noviembre de 2018²⁸ cuando en su segundo Considerando dispone que“(...) la Ley Hipotecaria, legislación cuya vigencia data de la segunda mitad del siglo diecinueve y que, en consecuencia, ha de aplicarse con la debida reserva en nuestro contexto actual, al que no se aviene por obvias razones de obsolescencia, pese a lo cual, su artículo treinta y tres deja sentado que la inscripción registral -por demás también declarada ineficaz por la presente- no convalida la nulidad del acto ilícito y si bien su artículo treinta y cuatro refrenda que dicha ineficacia no debe extenderse a terceros, luego de que estos hubieran inscripto su adquisición (...) es lo cierto que *tal requerimiento resulta inaplicable en nuestro contexto actual (...)*”.

Esta postura sobre la obsolescencia y el desfase de los postulados de la LHU, respecto al contexto cubano actual –que se reitera en las sentencias Núm. 127 de 18 de marzo de 2019 (tercer Considerando)²⁹ y Núm. 725 de 23 de octubre de 2019 (único Considerando)³⁰- no supone, obviamente, una derogación tácita de su contenido interno, pero tampoco puede traducirse en inaplicación a ultranza de su preceptiva. En el escenario actual, la inobservancia jurisdiccional, especialmente, de los artículos 33 y 34 de la LHU –aunque por más de cincuenta años durmieran el sueño eterno- no se justifica. Si no se encuentran

²⁸ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 769 de 2018, interpuesto contra la Sentencia Núm. 84, de 25 de junio de 2018, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso ordinario Núm. 279 de 2018, sobre Nulidad de Actos Jurídicos de Permuta de Viviendas, Unificación de Viviendas y Cesión de Participación, contenidos en escrituras públicas.

²⁹ Recurso de casación civil radicado al expediente Núm. 39 de 2019, contra la Sentencia Núm. 176, de 18 de octubre de 2018, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del TTP de La Habana, que resuelve el proceso civil ordinario Núm. 7 de 2018, sobre Nulidad de Aceptación y Adjudicación de Herencia Intestada y Compraventa de Vivienda.

³⁰ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 707 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 217, de 28 de diciembre de 2018, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 268 de 2017, sobre Nulidad de Actos Jurídicos de Unificación de Viviendas y Constitución de Copropiedad por Cuotas, Cesión de Participación y Permuta de Viviendas.

formalmente derogados porque ninguna de las normas posteriores que instrumentan la publicidad inmobiliaria registral en el país los han derogado expresamente, así como tampoco lo han hecho de modo tácito, por no haberse dispuesto un régimen posterior que dé al traste con sus efectos originarios contenidos en la LHU –que indique una derogación tácita de su contenido por incompatibilidad técnica–, ambos preceptos continúan en vigor³¹. Luego, lo que puede cuestionarse es su validez material, o sea, si pueden ser exigidos por sus destinatarios en una coyuntura determinada.

Para ello, es preciso recurrir a la esencia del fenómeno, a la *ratio* de la norma y valorar su apego a las circunstancias actuales. Aflora entonces la necesidad y utilidad específica del artículo 34, debido a la existencia de hechos sociales que hacen reclamar su aplicabilidad. La presencia de terceros adquirentes, en defensa del derecho subjetivo que creen vulnerado, e incluso, los imprecisos fallos emitidos por la judicatura patria, al tiempo que corroboran dicho estado, confirman la validez material del precepto en cuestión. Así, el artículo de referencia existe, conserva su vigencia y es válido formal y materialmente; pero, sobre todo, resulta útil y necesario a los intereses de sus destinatarios, lo que tributa, entre otros factores, a su potencial eficacia³².

Para dotar al tráfico jurídico de sólidas bases de certidumbre y confianza –a fin de potenciar la agilidad de los intercambios,

³¹ Al respecto consúltese, PRIETO VALDÉZ, Martha, “Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción”, en *Cuba siglo XXI, Política*, s.f., disponible en https://www.nodo50.org/cubasisigloXXI/politica/-prieto5_310702.htm, consultado el 18 de septiembre de 2020, 6:34 a.m. Refiriéndose a los vínculos entre la vigencia y la validez formal indica Kelsen que “la norma entra en vigencia (...) ya sea por medio de un acto volitivo que la ha generado o por la costumbre. Cuando uno dice: «una norma tiene validez», se quiere decir que existe una norma. La «validez» es la existencia específica de una norma”. KELSEN, Hans (1994). *Teoría general de las normas*, Ed. Trillas, México D.F., p. 20.

³² Ello depende, también, de la observancia de la norma por sus destinatarios y, sobre todo, de su correcta aplicación por los tribunales. Recuérdese que el término eficacia conduce a la concreción de un resultado, que en este caso implica el rescate de su contenido, que no su desecho, porque ello le tornaría inaplicable.

el crédito territorial y la inversión³³-, la protección a los terceros adquirentes mediante la atribución de una regla de propiedad, deviene elemento cardinal. Sustentada en la apariencia de legitimación registral del transferente y la razonable confianza generada por la inscripción a favor del adquirente, la fe pública registral coadyuva a la consecución de la seguridad jurídica³⁴.

³³ La respuesta del Derecho a los condicionamientos sociales y económicos es tal, que es el propio Estado cubano el que revitaliza la institución de la hipoteca inmobiliaria como garantía a los inversionistas extranjeros, con pleno reconocimiento de la vigencia de la LHU de 1893 como norma de aplicación (*cf.* artículo 2 del Decreto Ley Núm. 214, *Constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles*, de 24 de noviembre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Núm. 9, Edición extraordinaria, de 29 de noviembre del propio año). Pero debe tenerse en cuenta que el contenido de la LHU y su reglamento es más amplio que la regulación de la hipoteca como garantía de los derechos de crédito, ya que ampara ciertas relaciones sociales que se pueden dar en el tráfico y que toman como punto de partida la inscripción registral, con vocación de ofrecer seguridad jurídica a los titulares registrales y sobre todo a terceros. Aunque el andamiaje registral de la propiedad inmobiliaria en Cuba y el tracto que de la inscripción genera se ve truncado por largo tiempo, precisamente porque el tráfico inmobiliario se ve reducido a su mínima expresión; es el mismo legislador patrio, a partir del Decreto Ley Núm. 185 de 1998, quien le rescata e intenta fortalecerle, primero como garantía para la inversión extranjera, y luego porque el tráfico se ve revitalizado al autorizarse la transmisión *intervivos* de bienes inmuebles, fundamentalmente por compraventa, a partir de 2011.

³⁴ Respecto al concepto de seguridad jurídica, es dable resaltar la gran diversidad de formulaciones y de planteamientos teóricos de los que ha sido objeto. Ello se debe tanto a la polisemia propia del término seguridad, como a la amplia repercusión de la institución para el Derecho, el Estado y la sociedad. Pérez Luño señala, en este sentido, que “En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2000) “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 15, p. 28.

La seguridad jurídica –calificada de plena según Vallet de Goytisolo– como aquella referida “(...) al Derecho tal cual es, en todo su contenido propio, y que se mueve, no en el campo de los valores, sino, en el de las titularidades de derecho”. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.(2002) “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Núm. 1, p. 501. Se realiza la eficacia de la seguridad para los derechos subjetivos en juego –más que para el Derecho en sí–, inalterables ante los que no han consentido, o no han podido conocer los respectivos titulares. Este tipo de seguridad

Este objetivo conveniente e imprescindible en cualquier Estado de Derecho, no es exclusivo del momento histórico en que surge la LHU, no es incongruente con una economía planificada donde el Estado se arroga el control del mercado, no es antagónico con un sistema socioeconómico y político socialista, todo lo contrario. La seguridad de los derechos reales inmobiliarios adquiridos y de las transacciones que dan vida a su tráfico, se encuentran en plena sintonía con los presupuestos constitucionales y legales que definen el Estado cubano³⁵ y proyectan su modelo económico y social³⁶.

difiere de la económica o subsidiaria, que “no garantiza la titularidad del derecho, sino el valor que el derecho tiene, convertido en indemnización en caso de despojo”. *Ibidem*.

³⁵ La cuestión, en esta sede, no estriba en que el Estado responda a una ideología capitalista o socialista, sino en proteger el derecho de propiedad reconocido constitucional y legalmente (cfr. artículos 18, 19, 22 al 24, 29 y 30 de la Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019, publicada en Gaceta Oficial de la República Núm. 5, edición Extraordinaria, de 10 de abril de 2019). El Estado cubano reconoce el derecho de propiedad de las personas, por lo que, ante conflictos en torno a él, corresponde a los tribunales decidir a quién se le atribuye, según las circunstancias del caso, pero también con toma de conciencia de las normas que resultan de aplicación. No puede soslayarse que, en todo caso, se trata de un conflicto privado, cuyos litigantes se encuentran en un plano de igualdad respecto a la defensa de sus derechos; de ahí que corresponde al juzgador asignar, mediante la regla que mejor convenga, la propiedad a quien la impugna (titular civil) o dejarla en manos de quien la ostenta (tercero adquirente). Por lo tanto, un conflicto de esta naturaleza no rebasa los contornos de lo estrictamente privado, cuya única incidencia hacia lo público está dada por la inscripción registral y por la presencia de un tribunal en la solución del litigio, no porque contravenga el orden establecido jurídicamente.

³⁶ El modelo económico y social cubano de desarrollo socialista reconoce expresamente que, para promover la prosperidad y el bienestar humano como ideales que transversalizan las políticas públicas, en particular, la social, resulta necesario “la consolidación de la estabilidad económica y social *con seguridad y sin incertidumbres* sobre cuestiones esenciales del futuro personal, familiar y colectivo de los ciudadanos”. La cursiva es propia. *Vid.* “Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista”, julio de 2017, disponible en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Conceptualizaci%C3%B3n%20del%20mo-del%20economico%20social%20Version%20Final.pdf>, consultado el 10 de octubre de 2020, 3:45 p.m., p. 43. Lo anterior encuentra expresión en el texto constitucional de 2019, al regularse como fin esencial del Estado cubano –ex artículo 13 inciso e- la promoción de un desarrollo sostenible que asegure la prosperidad individual y colectiva, y obtener mayores niveles de equidad y justicia social (...).

Partiendo de su vocación de perpetuidad, de su legitimidad apriorística como “regla heredada”³⁷, de la voluntad presunta del legislador de preservar la esencia y sustancia del artículo 34, la validez de su contenido se sustenta, también, en la estructura misma de la norma. Su hipótesis encierra una situación fáctica cuya materialización, en el escenario creado a partir de 2011, resulta perfectamente posible. Además, dada la operatividad de su consecuencia o sanción y la existencia de un mínimo de garantías jurídicas para ponerla en marcha, se concluye que, en principio, la norma jurídica se encuentra apta para ser aplicada. Es así que, ante el evidente cambio de circunstancias, la fe pública registral debe ser acogida por los tribunales en aras de sustentar la adquisición experimentada por el tercero de buena fe, a quien se le ha protegido, sin embargo, por otros cauces; por lo que sus intereses se han considerado, en determinados casos concretos, como dignos de tutela.

El reconocimiento de la vigencia de la LHU no ha sido, por consiguiente, sustancioso para provocar la aplicación del artículo 34 en sede jurisdiccional, la que se ha hecho esquivada debido al “análisis contextualizado de los elementos del caso”; cuestión que se utiliza como una cláusula de estilo, vacía de contenido, que no ofrece argumentos relevantes para negar la validez material del precepto en el supuesto en cuestión³⁸. Si

³⁷ Díez – Picazo denomina reglas heredadas a aquellas normas “(...) cuya cristalización en textos procede de épocas anteriores”, siendo recibidas por el sistema de gobierno constituido que las mantiene o conserva implícitamente. A su juicio, este fenómeno “(...) tiene mucho de aquiescencia e incluso, a veces, de inercia o pereza mental”. Contraponen a ellas las llamadas reglas implantadas o directivas con pretensión de actuación y de eficacia inmediata, cuya génesis radica, por el contrario, “(...) en las decisiones rigurosamente coetáneas del sistema de gobierno constituido”. DÍEZ-PICAZO, Luis (1987). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, p. 31.

³⁸ De hecho, mediante el Auto Núm. 89 de 31 de marzo de 2020, emitido por el alto foro para declarar inadmisibles el proceso de revisión radicado al expediente Núm. 46 de 2020 en relación con la STSP Núm. 725, de 23 de octubre de 2019, dictada por la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, al expresar que “(...) en su relato de la desprotección argüida, la demandante se limita a cuestionar la fundamentación de la sentencia de cuya impugnación se trata, que intenta resquebrajar al confrontarla con su personal interpretación

la más alta magistratura valora que existen elementos que apuntan hacia su absoluta inaplicación o a su aplicación sujeta a ciertas cautelas o reservas³⁹, tiene el deber de fundamentar fehacientemente su juicio y ser consecuente con él, habida cuenta de la razonable predictibilidad de las decisiones judiciales futuras; empero, ello no ha acontecido hasta la fecha.

La aplicación del artículo 34 con la “debida reserva” se ha convertido, en la práctica, en inobservancia tanto del efecto registral dimanante, como de la exigencia de los requisitos regulados por este para conferir protección mediante una regla de propiedad. Debe advertirse el peligro que encierra la utilización de la expresión entrecomillada como válvula de escape para no aplicar -casi nunca- el precepto y no proteger a los terceros adquirentes. Tal expresión implica, primero, que la norma que ampara la situación jurídica en cuestión está vigente y, segundo, que solo se deja de aplicar cuando razones extraordinarias lo ameriten. Añádase que la protección a los terceros adquirentes no es una cuestión de estricta ponderación de intereses, sino de subsunción, porque existe un filtro que estos sujetos deben pasar a través de la verificación de los requisitos tuitivos; elementos que, por su carácter legal, deben conducir a su amparo inmediato.

Al juez corresponde impartir justicia y ello ha de hacerse libremente, sin más obstáculos que los que la ley y su propia prudencia le imponen. Siendo así, cualquier referencia a la

de lo razonado, *obviando que la resolución judicial, sin pasar por alto la vigencia de la invocada Ley Hipotecaria*, pondera la aplicabilidad de su preceptiva de acuerdo a un análisis contextualizado de los elementos acreditados en el caso (...)", ha tenido que aclarar tal particular, reconociendo –de soslayo- su virtualidad, pero evita hacer referencia a cuáles son esos elementos determinantes de la decisión.

³⁹ Es predominante el argumento de que el artículo 34 de la LHU debe aplicarse con precaución o “debida reserva”, teniendo en cuenta, esencialmente, la peculiar situación socioeconómica que existe en el país en torno a la vivienda, fundamentalmente, el déficit habitacional, su carácter inejecutable, la función social que esta desempeña, entre otras. Se ha ponderado el derecho a la vivienda a favor del titular civil o el derecho a ocuparla a favor de los convivientes, por cuanto este peculiar inmueble, de alto valor económico, resulta neurálgico para el desarrollo de la vida familiar y personal; necesidad social que obviamente también puede concretarse en la persona de los terceros adquirentes.

“debida reserva” sobra, pero ante la “necesidad” de convivir con ella, debe interpretarse como excepción y no como regla de actuación que, en todo caso, debe ser motivada y jurídicamente sostenible. El artículo 34 de la LHU goza de aplicabilidad jurídica debido a que contiene una norma vigente y apta para regular relaciones jurídicas que se materializan en la práctica a partir del año 2011.

De tal suerte, aquellos casos en que se favorece al tercero adquirente se han motivado a través de su buena fe⁴⁰, de su conducta dirigida a no causar daño (expresión del no abuso del derecho)⁴¹, de que han inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad (expresión de seguridad jurídica) o de que han confiado en cierta apariencia⁴²; descartándose la genuina protección

⁴⁰ STSP Núm. 620, de 9 de agosto de 2016, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 327 de 2016, interpuesto contra la Sentencia Núm. 353 de 30 de diciembre de 2015, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, radicado al expediente 219 de 2015, contentivo de un proceso civil ordinario sobre Nulidad de contrato de compraventa de vivienda, la cual fundamenta la protección de los terceros adquirentes en su buena fe, en su actuación contractual diligente y en el carácter oneroso de las atribuciones patrimoniales que de ese contrato se suscitan; STSP Núm. 1062, de 29 de diciembre de 2017, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 926 de 2017, interpuesto contra la Sentencia Núm. 110 de 30 de junio de 2017, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 430 de 2017, sobre declaración de nulidad de acto jurídico de permuta de viviendas y STSP Núm. 601 de 20 de agosto de 2019, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 449 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 10, de 31 de enero de 2019, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 165 de 2018, sobre Nulidad de actos jurídicos, ampara a los terceros adquirentes debido a su buena fe y el reconocimiento de la inacción sostenida de cotitular civil.

⁴¹ SSTSP Núm. 114, de 28 de febrero de 2017 y Núm. 49, de 11 de febrero de 2019, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 855 de 2018, interpuesto contra la Sentencia Núm. 91, de 26 de junio de 2018, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 396 de 2018, sobre Nulidad de los Actos Jurídicos contenidos en las escrituras de Adjudicación de Vivienda y Contrato de Permuta, con la peculiaridad de que acoge la inacción sostenida del titular civil como derivación del ejercicio abusivo de su derecho.

⁴² STSP Núm. 463, de 18 de julio de 2019, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 200 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 1, de 11 de enero de 2019, dictada

que origina el aseguramiento registral del derecho de propiedad y, en particular, de la fe pública registral.

Tendencia núm. 3: Futilidad de la inscripción registral y otras inconsistencias técnicas

Derivado de lo anterior, constituye tendencia el hecho de que se desconozca la condición de modo de aseguramiento al Registro de la Propiedad, con lo cual, pierde ocasión el alto foro de proveer valor a la inscripción y, de paso, incentivarla. En la mayoría de estos casos –sobre todo cuando se invoca el artículo 34 de la LHU–, las adquisiciones correspondientes han accedido al Registro, en búsqueda de un *plus* de protección, de una certidumbre adicional a la conferida a través de la formalización del título de propiedad. Por ello, resulta contradictorio que se obvие este particular, tanto en los escritos polémicos como en la fundamentación de la resolución judicial definitiva⁴³.

La resistencia a aplicar disposiciones registrales vigentes, en particular, la LHU –única normativa que fija los efectos sustantivos de la inscripción– bajo el entendimiento de que se encuentra desfasada o que por “(...) arcaica, parte del contexto

por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila, en el proceso civil ordinario Núm. 50 de 2018, sobre Nulidad de acto jurídico, que lo protege sobre la base de su buena fe y de la confianza en la apariencia jurídica y STSP Núm. 212 de 30 de agosto de 2019, Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 481 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 20, de 28 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 63 de 2018, sobre Nulidad de acto jurídico, que da preeminencia a los principios de buena fe, el no abuso del derecho y la seguridad jurídica que rigen los actos y contratos válidos.

⁴³ Vale traer a colación, entonces, el citado tercer Considerando de la sentencia del STP Núm. 127, que puntualiza: “(...) puesto que el derecho sobre el inmueble en conflicto de la adjudicataria que devino vendedora nació viciado y aun cuando se ha acreditado en el proceso que dicha titularidad hubiera sido inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad con antelación a la concertación del negocio de compraventa, es lo cierto que los ulteriores efectos de la declarada nulidad, en atención al derecho preferente dimanante en favor de la heredera omitida, debe alcanzar a la aludida tercero adquirente; puesto que tal carencia no puede redundar en la convalidación del acto ineficaz”.

ideal de la absoluta cobertura registral”⁴⁴ que no se corresponde con la realidad actual –aunque tampoco con la de aquellos lejanos años en que se establece el sistema hipotecario español en los predios nacionales, ni los ulteriores-, ha traído consigo fundamentalmente dos inconsistencias técnicas.

En varios casos, el órgano juzgador razona que la tuición del tercero no resulta posible –aun y cuando se trae a colación el artículo 34 en relación con el 33- porque la nulidad del negocio antecedente irradia indefectiblemente al negocio adquisitivo del tercero; cuando, en puridad, la función por excelencia del primero de estos preceptos es bloquear el efecto de arrastre y salvaguardar la eficacia de la adquisición *a non domino* que, de plano, ha de ser válida porque de lo contrario, en virtud del artículo 33, no despliega sustantividad alguna la inscripción registral.

La referida sentencia Núm. 127 de 18 de marzo de 2019, en su segundo Considerando expresa: “(...) la titularidad derivada de la defectuosa adjudicación con que concurriera a la concertación del negocio de compraventa de vivienda (...) se encontraba viciada y es nula de origen, sin que, en consecuencia, proceda protección alguna a quien recurre, que aduce haber adquirido el inmueble con desconocimiento de tal impedimento”.

Por otra parte, a sabiendas de la nulidad o –en general- de la invalidez del negocio antecedente, que hace decaer la relación jurídica determinante de la condición de tercero, y siendo manifiesto el ánimo de proteger a este último, se incurre en el error de no declarar la ineficacia en cuestión, para evitar el indeclinable efecto dominó sobre el título causal del tercero. Así, la sentencia Núm. 114 de 28 de febrero de 2017 del propio foro, en su único Considerando, razona que “(...) *si bien ha sido criterio reiterado de esta Sala superior de justicia que la omisión de un heredero es causal de nulidad* del acto de adjudicación, que con tal olvido haya acontecido, ya que además de violentar las disposiciones

⁴⁴ Sentencia del TSP Núm. 815, de 21 de noviembre de 2018 (segundo Considerando) y Núm. de 23 de octubre de 2019 (único Considerando).

de carácter sucesorio, no cumple con las formalidades que para tal acto se exige con perfil esencial, tal planteamiento *no puede causar daño a terceros que hayan actuado de buena fe*, y en el caso aun cuando la ahora no recurrente fue omitida en el acto de adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende, (...) fue vendida la vivienda objeto de la adjudicación a los ahora recurrentes, *que asisten al proceso en su carácter de terceros que han actuado de buena fe*, que serían perjudicados con la decisión de nulidad acordada por la Sala juzgadora, que *desencadenaría, indefectiblemente la ineficacia de los actos posteriores*, pues es principio (...) que este ejercicio no puede ser antifuncional o perjudicial a los derechos de terceros, como ocurre en el presente asunto, *quedando a salvo la condición de heredera de la no recurrente con el ejercicio de la acción resarcitoria (...)*⁴⁵.

Ambos ejemplos revelan, no solo incoherencias técnicas, al asumir posiciones extremas y contradictorias en sí, sino también errónea interpretación del precepto legal y de los presupuestos y principios que le informan. Ello denota, a su vez, aplicación de las reglas del Derecho Civil estricto, donde no se establece excepción alguna que resguarde -bajo una regla de propiedad- la adquisición del tercero. De la mano de lo anterior, indirectamente se desconoce el principio de especialidad que determina la aplicación preponderante del ordenamiento registral, en materia de propiedad inmobiliaria inscrita⁴⁶.

Como última precisión, una cuestión es el efecto de arrastre o dominó que produce la nulidad o ineficacia en cadena y otra -bien distinta- que se considere que el negocio adquisitivo del

⁴⁵ Con meridiana cautela la sentencia del TSP Núm. 620, de 9 de agosto de 2016 enerva la nulidad en cadena para no afectar el contrato de compraventa celebrado entre la adjudicataria (que no la única con derecho) y el tercero adquirente de la vivienda; por ello en el primer Considerando se advierte que: "(...) debió la sentencia anterior sostenerse en la improcedencia de cercenar la vinculación contractual, ante la reversión económica que en metálico se produjo en el patrimonio de la no recurrente (...)"

⁴⁶ Como referente bibliográfico, en este sentido, *vid.* LA RICA Y ARENAL, Ramón (1950). "Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año XXVI, Núm. 269, octubre, 1950, pp. 625-643.

tercero es inválido de origen -nulidad absoluta- como consecuencia de los vicios, faltas o defectos derivados del acto o negocio antecedente. Tal apreciación constituye –en criterio propio- un craso error técnico, porque el contrato de compraventa celebrado entre tercero y transmitente, en este caso, puede considerarse ineficaz como consecuencia de la falta de legitimación para disponer que en su momento fuera cubierta por la legitimación registral; pero no puede considerarse inválido si han concurrido los elementos que determinan la validez negocial (consentimiento, el objeto, la causa y la forma, lo que incluye el cumplimiento de la formalidad exigida legalmente).

Tendencia núm. 4: Buena fe del tercero adquirente

De los cuatro requisitos de protección exigibles al tercero adquirente, constituye la buena fe el de mayor complejidad técnica en cuanto a su configuración, por ser el único que le imprime subjetividad al asunto, lo que dificulta su valoración caso a caso. Supone la concreción del principio de buena fe en el contexto registral⁴⁷, lo que obliga a definir su puntual

⁴⁷ Sobre el principio de buena fe en el ámbito del Derecho civil y, particularmente, en el contractual, consúltese WIEACKER, Franz, CARRO FERNÁNDEZ- VALMAYOR, José Luis y DIÉZ-PICAZO, Luis (1982). *El principio general de la buena fe*, Ed. Civitas, Madrid; GARCÍA AMIGO, Manuel (2000). "Consideraciones a la buena fe contractual", en *Actualidad civil*, Núm. 1, 2000, pp. 1-15; OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. (2006). "Justicia contractual: principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación", en OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. (comp.) *et al.*, *Derecho de Contratos*, Tomo 1 - *Teoría general del contrato*, Ed. Félix Varela, La Habana, pp. 21-56. Sobre la buena fe registral, *vid.* SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (20019). "Buena fe e información registral", en GÉNOVA GALVÁN, Alberto y Pl, Juan Romero (dirs.), MELERO BOSCH, Lourdes Verónica y NAVARRO FRÍAS, Irene (coords.) *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. D. Francisco Clavijo Hernández*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 373-400; JÉREZ DELGADO, Carmen (2005). *La buena fe registral*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEDIA, María (2005). "Buena fe en Derecho Inmobiliario Registral", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXI, Núm. 687, pp. 292-296; ESTER BUTRAGUEÑO, Pedro (1996) "La protección registral al tercer adquirente y el requisito de la buena fe", en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián (coords.) *et al.*, *Estudios sobre derecho procesal*, Vol. 2 – *Ejecución forzosa. Medidas cautelares*, Ed. Banco Central Hispanoamericano, Madrid,

significado en este escenario, su alcance y el momento en que debe ser estimada para el logro de la protección.

De la revisión de las sentencias del alto foro se constata la falta de nitidez acerca del concepto de buena fe en sede registral, como consecuencia de la invocación del principio regulado en el artículo 6 del CC que opera para todas las relaciones jurídicas civiles y familiares, pero se concreta de manera distinta, según el ámbito de que se trate. La alegación de este principio general no resulta ociosa, pues a diferencia -por ejemplo- del ordenamiento español, el artículo 34 de la LHU no establece de manera expresa este requisito de protección, como tampoco lo hace la Ley Hipotecaria española de 1861, de la que abrevia la cubana. La incorporación de la buena fe en el contexto español se debe a posteriores reformas implementadas en el siglo XX, cuando Cuba deja de ser territorio de Ultramar.

Del examen de las sentencias se deduce la carencia de una construcción medianamente acabada de la buena fe exigible al tercero adquirente, así como de su preciso alcance y momento de apreciación, que redundan en falta de certidumbre de los justiciables en cuanto al resultado del proceso. Llama la atención la sentencia del TSP Núm. 212, de 30 de agosto de 2019, que en su segundo Considerando relaciona la buena fe exigible a los terceros adquirentes con su dimensión general –como principio del Derecho- y no circunscrita al contexto registral, a pesar de que el inmueble transmitido se encontraba inscrito en el Registro de la Propiedad⁴⁸. Más próxima la buena fe registral, la sentencia

pp. 1457-1490; ESCOBAR ROZAS, Freddy (2015). “La muerte de la buena fe registral”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, Núm. 67, pp. 321-332.

⁴⁸ Dispone el tribunal actuante que “(...) sentado que la acción de nulidad es ejercitable en cualquier momento por quien ostente interés legítimo, su despliegue tiene por límite causar daño a otro, lo que en el pleito sería inevitable para los sujetos que en tan extenso tracto han intervenido de buena fe en la confianza de que los actos y contratos celebrados son indiscutiblemente válidos, sustento que debió tomar en cuenta el órgano juzgador para equilibrar los intereses de los contendientes, los cuales, en toda circunstancia deben ponderarse de conformidad con los cánones de buena fe, lealtad y corrección debida de las conductas impropias, en aras de que los derechos subjetivos objeto de tutela judicial, no se transformen

Núm. 1062, de 29 de diciembre de 2017, aunque sostiene en el artículo 6 del CC el fallo favorable al tercero adquirente –en este caso mediante contrato de permuta–, deja sentado que este no tiene forma de conocer las causas de invalidez del negocio antecedente, al momento de la celebración del contrato por el cual adquiere⁴⁹.

Desconcierta, por otra parte, la sentencia del TSP Núm. 385 de 29 de junio de 2019, que impone a los terceros adquirente una suerte de obligación de actuar diligentemente en función de conocer las causas de ineficacia del negocio anterior al que pretenden formalizar, al tiempo que ignora el hecho de que el Registro no haya dado noticias sobre tal particular⁵⁰. De similar talante, la sentencia Núm. 452 de 16 de julio de 2019⁵¹ hace

en arbitrarios, frente a la preeminencia del no abuso del derecho y de la seguridad jurídica como básica premisa de las relaciones de derecho entre las personas naturales, principio que devendría socavado de proteger el ejercicio tardío que en jurisdicción civil se ha invocado contra los terceros adquirentes de buena fe (...)

⁴⁹ Por ello, el órgano juzgador, motiva la segunda sentencia, en su único Considerando, de la siguiente manera: "(...) se encuentra acreditado que en el acto jurídico de permuta cuya nulidad se pretende, funciona a favor de la demandada la presunción de actuación de buena fe, que pondera el artículo seis del Código civil, pues como ya se expresó al momento de materializarse no existía impedimento legal alguno que impidiera su realización, y solo, en virtud de actuación posterior de la que acciona es que perdió eficacia la titularidad que en exclusiva gozaba YLH, lo que no puede afectar a quien ha actuado con plena conciencia de que no existía impedimento alguno en su materialización y que deviene en un tercero de buena fe en la relación jurídica, teniendo virtualidad el derecho reconocido a la actora en el inmueble adquirido por la impugnada permuta, por lo que acogiendo la excepción perentoria sobre adquisición a título oneroso y de buena fe opuesta por la demandada".

⁵⁰ Así, invoca en su segundo Considerando: "(...) en modo alguno cabe apreciar en quienes recurren la condición de adquirentes de buena fe merecedores de la protección judicial que interesan, dados los elementos de hecho contenidos en la sentencia cuestionada, referidos a la espuria adquisición originaria de los controvertidos inmuebles que obligaba a los interesados en su adquisición por compraventa a un mínimo de actuar diligente que no cumplieron, ni basta la aducida inexistencia de nota preventiva registral en los asientos de inscripción registral a tales efectos". Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 347 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 83, de 12 de junio de 2018, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 249 de dos 2018 sobre Nulidad de Contratos de Compraventa de Viviendas.

⁵¹ Recurso de Casación radicado al expediente Núm. 465 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 9, de 31 de enero de 2019, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo

notar en su tercer Considerando que: “(...) en este específico caso, *quedó destruida la buena fe alegada, al comprobarse las múltiples transiciones que en relación al bien acontecieron en un corto período de tiempo sin que sus adquirentes adoptaran al respecto una actitud diligente*, lo que impide la protección exigida (...)”. Asimismo, en las sentencias de la máxima judicatura Núm. 234, de 20 de abril de 2017⁵², y Núm. 680, de 31 de agosto de 2018⁵³, desafortunadamente, el juzgador considera que debe mediar cumplida demostración de que el tercero adquirente actúa de modo cuidadoso y diligente, lo que da al traste con la presunción de buena fe que legalmente les beneficia.

De ahí que varios pronunciamientos apunten hacia la exigencia de elevados estándares de diligencia al tercero adquirente, con lo cual se visualiza cierta inclinación hacia la apreciación de la buena fe ética y no la buena fe psicológica⁵⁴; cuestión que

Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 210 de 2018, sobre Nulidad de acto jurídico.

⁵² En su primer Considerando precisa que: “(...) atendida la buena fe que se invoque en favor del adquirente, debe mediar cumplida demostración de que este actuó de modo cuidadoso y obró con diligencia, consultando los antecedentes que constituyen el tracto del bien previo a la adquisición (...)”. Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 88 de 2017, interpuesto contra la Sentencia Núm. 284 de 2 de noviembre de 2016, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 102 de 2016, sobre Nulidad de permuta contenida en documento notarial.

⁵³ El primer Considerando de esta resolución infiere: “(...) que no basta la mera alegación por la casacionista de la actuación de buena fe, pues para que resultara atendida en favor de la adquirente, debió justificar que actuó de modo cuidadoso y diligente, consultando los antecedentes que componen el tracto histórico el bien antes de la adquisición, además de que no pudo demostrar un proceder impoluto e irreprochable como sería de esperar por quien alega la condición de adquirente de buena fe, que se contradice, de acuerdo a las máximas de experiencia comunes, con la declaración como precio de la adquisición de espaciosa y confortable propiedad inmobiliaria en municipio céntrico de la capital del país la irrisoria suma de setenta mil pesos moneda nacional (...)”. Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 558 de 2018, interpuesto contra la Sentencia Núm. 28, de 19 de marzo de 2018, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 254 de 2017, sobre Nulidad de actos jurídicos contenidos en documentos notariales.

⁵⁴ La buena fe ética exige del tercero un comportamiento moralmente adecuado, para no infringir los derechos preexistentes; actuación que precisa el conocimiento de la realidad

puede convertirse en un arma de doble filo si concurren otros presupuestos que favorecen la tuición del tercero adquirente. En cuanto al momento de apreciación, sin embargo, las valoraciones son omisas.

Otro signo de alarma constituye la peculiar interpretación del alto foro acerca de la presunción de buena fe, sinuoso una vez más. Por ejemplo, la resolución judicial Núm. 463, de 18 de julio de 2019, casa la sentencia de instancia sobre el argumento de que “(...) *la casacionista se erige como un tercero que ha actuado de buena fe*, principio general del derecho que

y extravasa la información publicada por el sistema tabular. Esta tesis que exige al tercero una especial diligencia, la sustentan VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1962). “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, en *Estudio de derechos de cosas y garantías reales*, Ed. Colección Nereo, Barcelona, p. 220; ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2007). “La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 19, p. 412; GORDILLO CAÑAS, Antonio (2006). “El principio de buena fe registral (I)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Núm. 2, Madrid, 2006, p. 509. Por su parte, la buena fe psicológica implica el convencimiento de la exactitud del contenido del Registro, de que el transmitente es el verdadero y único titular registral del derecho que se pretende adquirir y, por tanto, de su legitimación para disponer; es actuar confiado en que no existen más limitaciones que las que dimanen del asiento de inscripción y constan en la correspondiente certificación. Suscriben esta tesis, MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1990) “La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Núm. XXI, p. 19; GARCÍA GARCÍA, José Manuel (1999). “Artículo 34”, en ALBALADEJO, Manuel (dir.) *et al.*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. 4: Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, Ed. Edersa, Madrid, pp. 479-481; ROCA SASTRE, Ramón M^º, ROCA SASTRE NUCUNILL, Luis y BERNA I XIRGO, Joan (2008). *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Vol. 2, 9^a edición, Ed. Bosch, Barcelona, p. 197; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (2015). “37. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (271/2015). Desafectación tácita. La diligencia básica exigible para la buena fe del art. 34 LH”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.) *et al.*, *Comentario a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7: 2015, Eds. Dykinson-AEBOE, Madrid, 2016, pp. 583-613, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-201537_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina_Civil_y_Mercantil_Desafectaci%C3%B3n_t%C3%A1cita_La_diligencia_b%C3%A1sica_exigible_para_la_buena_fe_del_art._34_LH, consultado el 23 de julio de 2020, 4:08 p.m.; y, del propio autor, “La «buena fe» del art. 34 de la ley hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Núm. 1, 2018, pp. 9-40.

presumible, según lo que preconiza el artículo seis del Código Civil, *al no ser desvirtuado alcanza a la inconforme (...)*⁵⁵. Igualmente, con acierto, la sentencia del TSP Núm. 601 de 20 de agosto de 2019, en su primer Considerando motiva, que: “(...) las pruebas referenciadas por la mentada *no alcanzan para desvirtuar la actuación de buena fe de los ahora titulares* del recinto al realizar el negocio que los erigió como tal, adquirentes protegidos por la sala sentenciadora con apoyo en la evaluación de la información aflorada de las diligencias de probanza ejecutadas (...)”, lo que manifiesta la correcta observancia de dicha presunción.

Sin embargo, son las citadas sentencias Núm. 234, de 20 de abril de 2017, y Núm. 680, de 31 de agosto de 2018, así como la dictada el 31 de enero de 2019⁵⁶, las que desnaturalizan esta presunción destruible a instancia de parte interesada. La última de ellas, es exponente de la extralimitación en el alcance de la buena fe y de la alteración de la regla establecida en el artículo 6 del CC. Según la síntesis del razonamiento contenido en su segundo Considerando⁵⁷, es el tercero adquirente quien

⁵⁵ Este argumento se refuerza en el único Considerando de la segunda sentencia, cuando se expresa: “(...) consta acreditado que en el acto jurídico de compraventa, cuya nulidad se pretende en el presente, *funciona la presunción de actuación de buena fe en favor de la adquirente*, regulado en el artículo seis del Código Civil, pues al momento de materializarse no existía impedimento legal para limitarse en su realización, ya que fue en virtud de actuación posterior de quien acciona que perdió eficacia la titularidad disfrutada en exclusiva por el vendedor, *situación que no puede afectar a quien intervino con plena conciencia de que no existía obstáculo para concertar la relación jurídica en examen (...)*”.

⁵⁶ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 765 de 2018, interpuesto contra la Sentencia Núm. 82, de 12 de junio de 2018, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 282 de 2017, sobre Nulidad de actos jurídicos.

⁵⁷ Segundo Considerando: “(...) *en el caso, concurren circunstancias objetivas que indican que la inconforme no debe ser beneficiada con la especial protección que invoca (...)* salta a la vista la irrefutable proximidad en el tiempo de disposiciones administrativas y actos notariados e inscritos en el Registro de la Propiedad sucesivamente y en breve plazo, a pesar de la variedad y complejidad de los trámites que genera la ubicación geográfica del bien controvertido (...); lo que frustra la tesis de la quejosa, pues *no basta la mera alegación de la actuación de buena fe*, pues se trata de presunción destruible por prueba en contrario,

debe probar su buena fe, no solo imponiéndole un estándar de diligencia elevadísimo, sino afectándola con cuestiones puramente negociales, como lo es la determinación del precio de la venta⁵⁸; cuando en puridad, quien debe desvirtuar la buena fe es la persona que alega una actuación en contrario. Por ello, no es el tercero quien tiene que probar su desconocimiento o su conducta dirigida a conocer determinada realidad que no le consta a partir del Registro, pues el artículo 6 del CC le ampara.

Luego, la concreción de tales aspectos y la asunción de criterios homogéneos que puedan valorarse caso a caso en función de la efectiva impartición de justicia, deviene cuestión medular para la judicatura cubana. En su virtud, no se descarta del todo la elección de la concepción ética de la buena fe –con los ajustes y la prudencia convenientes-, teniendo en cuenta las vicisitudes del tráfico inmobiliario nacional -aun resentido por la etapa anterior al Decreto Ley Núm. 288/2011 y la decadencia temporal del Registro de la Propiedad- y los temores –fundados o no- de que se puede estar cometiendo un acto de injusticia con el titular civil cuando se inmune la adquisición de una persona, por el solo hecho de haber confiado en este medio para adquirir y asegurar su derecho, ignorando que lo publicado es inexacto. Pero, ¿acaso no sería injusto con el adquirente imponerle la carga de comprobar -por él o a costa de su patrimonio- la situación real de la finca que pretende adquirir para resultar privilegiado, cuando necesariamente tiene que

como en el caso acontece, para que resultara atendible en favor de la adquirente, *tenía que tener buena fe, y justificarlo con elementos concretos, sin dejar dudas acerca de un quehacer medianamente diligente, como sería el agotar la consulta de los antecedentes que componen el tracto histórico del bien antes de la adquisición, más cuando la casacionista no pudo demostrar un proceder probo como sería de esperar por quien alega la condición de adquirente de buena fe, que se contradice, de acuerdo a las máximas de experiencia comunes, con la declaración como precio de la adquisición de espaciosa y confortable propiedad inmobiliaria en municipio céntrico de la capital del país de la irrisoria suma de novecientos sesenta mil pesos moneda nacional (...)*”.

⁵⁸ Cuando la buena fe registral debe centrarse únicamente en el desconocimiento de la inexactitud registral, esto es, en la no correspondencia entre quien figura como dueño a través del Registro y quien conforme a las reglas del Derecho Civil estricto es el propietario.

acreditarse que el derecho del transmitente está inscrito dado el carácter obligatorio de la inscripción?

La exigencia de cierta diligencia en el adquirente a fin de contrastar la información registral con la realidad extrarregistral, no puede traducirse en absoluto desmedro de la institución jurídica creada para asegurar los derechos reales y conceder, a quien confía e inscribe, determinado grado de protección. La visión integral del sistema cubano de transmisión y adquisición de este tipo de derechos en relación con la naturaleza del Registro de la Propiedad -cuyos asientos producen efectos jurídicos de cara al titular inscrito y a los terceros, entre ellos, la fe pública registral-, apoyado en un notariado de elevado rigor técnico, integrado por funcionarios públicos que a la vez son profesionales del Derecho, exige –en criterio propio- asumir una postura congruente con la buena fe psicológica.

El otro extremo solo se justifica en casos muy concretos donde se resiente la presunción de buena fe, pero no se desvirtúe del todo, o sea, la contraparte logra sembrar en el juzgador la duda razonable acerca del conocimiento de la inexactitud registral por parte del adquirente, sin haber podido demostrar este hecho de manera contundente. Ello amerita una valoración por parte del tribunal actuante de la conducta desplegada por el tercero y, por tanto, de su diligencia y comportamiento ético, pero -se insiste- solo cuando a su prudente arbitrio sea preciso para clarificar estas dudas, imponiéndole, eso sí, un estándar de diligencia que se corresponda con sus posibilidades reales, las circunstancias concurrentes y contemple, asimismo, su error excusable.

Tendencia núm. 5: Supeditación de la protección del tercero a la falta de diligencia, el abuso del derecho o la responsabilidad del titular civil

No figuran estos entre los requisitos de la protección preferente a favor del tercero adquirente. La conducta del titular civil puede ser tomada en cuenta para definir la regla de responsabilidad mediante la cual ha de quedar protegido su derecho,

pero no para determinar la atribución de la regla de propiedad al tercero. De ser así, se trata de un despropósito del sistema, el cual ontológicamente se establece en función de proteger la seguridad del tráfico y jurídica en general, y no de penalizar o sancionar a quien, de cierta forma, ha propiciado la apariencia jurídica que luego ha sido aprovechada por los terceros.

De ahí que valoraciones como la inacción sostenida del titular, como expresión del abuso del derecho, o su negligencia, o incluso la falta de diligencia por no inscribir oportunamente su titularidad, devienen superfluos elementos de valor para determinar la solución jurisdiccional; como lo hace la sentencia del TSP Núm. 61, de 10 de febrero de 2020⁵⁹, al estimar en su primer Considerando que “(...) ha actuado la recurrente con la debida diligencia en el reconocimiento y reclamación de sus derechos como cónyuge y cotitular del inmueble, *circunstancia que impide dispensar a quienes se proclaman adquirentes de buena fe*, el amparo que reclaman, *que tendría que pasar por la conducta abusiva de la accionante*”. En consecuencia, los elementos identificados -u otros concordantes- no deben ser tomados como contrapeso de la tutela privilegiada del tercero adquirente, la que ha de dispensarse -en todo caso- pasando por alto la imputabilidad de la conducta del titular civil.

Tendencia núm. 6: Ponderación del derecho a la herencia y el derecho del tercero adquirente de la vivienda

Este particular conflicto se somete a ciertas reglas dentro de la propia dinámica de la fe pública registral, toda vez que no se trata del clásico supuesto en que la contraparte es titular del derecho de propiedad, sino que actúa en razón del derecho hereditario violado por el transferente, lo que le ha impedido

⁵⁹ Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 974 de 2019, interpuesto contra la Sentencia Núm. 38, de 31 de julio de 2019, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Artemisa, radicado al proceso civil ordinario Núm. 9 de 2019, sobre Nulidad de Contratos de Permuta, Compraventa y Donación de Viviendas.

convertirse en propietario del bien, ya sea de manera conjunta o exclusiva. Por consiguiente, pueden darse dos supuestos: la actuación de un heredero aparente, adjudicatario del inmueble, cuyo título causal de adquisición constituye un acto de naturaleza *mortis causa* que ha cobrado virtualidad con soslayo de otro heredero preferente, o de un heredero-transferente que vulnera el derecho de su coheredero. En este último caso, la apariencia tiene el matiz de que, en puridad, corresponde cierta legitimación al transferente, quien se extralimita en su derecho y se envuelve de la condición de único heredero en perjuicio del coheredero excluido.

Como se puede deducir, no se enmarca, exactamente, en los tradicionales supuestos que configuran la aplicación de la fe pública registral a favor del tercero adquirente; pero ello no indica que este efecto registral sea absolutamente inaplicable a situaciones como la narrada, donde opera una transmisión derivativa por parte del heredero o coheredero aparente, cuya adquisición misma resulta susceptible de impugnación por diversas causales de ineficacia.

Lo que sucede es que suele establecerse, justamente, por la inseguridad que genera los títulos causales de naturaleza sucesoria, de carácter voluntario, un plazo de suspensión de los efectos de la fe pública registral. Así lo hace el artículo 28 de la LH española y el artículo 23, segundo párrafo de la LHU⁶⁰. Suspender este efecto por un período de tiempo razonable –dos años después de la muerte del causante, lo parece– tiene gran significación práctica. Durante ese lapso puede el heredero voluntario real accionar y obtener el reconocimiento del derecho vulnerado, así como la declaración de ineficacia de la adjudicación si esta ha tenido lugar, sin menoscabo de los intereses de terceras personas. De modo que, quien adquiera del adjudicatario

⁶⁰ Artículo 23, segundo párrafo: La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma. Exceptúense los casos de herencia testada o intestada, mejora y legado, cuando recaiga en herederos forzosos.

legitimado por el Registro, en plena vigencia de dicho plazo, corre el riesgo de sufrir las consecuencias nocivas de la impugnación del heredero “preterido”, toda vez que el manto cobertor de la fe pública registral solo le cubre una vez que haya vencido.

Respecto a este particular conflicto relacionado con la aplicación de la fe pública registral, el estudio de sentencias realizado revela que ninguno de los fallos se funda en los preceptos de la LHU, que debe interpretarse evolutivamente en virtud de que el CC cubano de 1987 no reconoce, por ejemplo, los llamados herederos forzosos, sino los herederos especialmente protegidos, quienes deben reunir especiales requisitos (*cf.* artículo 493, apartado 1). Las peculiaridades que esta variante introduce a la especial tutela a favor de estos sujetos, en razón de la fe pública registral, requiere un abordaje que escapa del objeto del presente artículo.

Prevalecen a favor de los herederos o coherederos vulnerados, dicho sea de paso, generalmente por un título sucesorio abintestato, interpretaciones relacionadas con el carácter preferente del derecho a la herencia o con el efecto dominó que provoca la nulidad del acto de adjudicación –en desmedro de herederos que modifican o anulan este título causal- sobre los actos o contratos celebrados con posterioridad. Así, la sentencia del TSP Núm. 335, de 13 de mayo de 2016⁶¹, acoge en su primer Considerando el recurso interpuesto, al expresar que “(...) es

⁶¹ La segunda sentencia enfatiza: “queda debidamente demostrada la viabilidad de la pretensión deducida, ante la firmeza de resolución judicial que *elimina los efectos jurídicos del acto de adjudicación hereditaria* que sobre el bien objeto del conflicto realizara el no recurrente *para adquirir la titularidad dominica que viabilizó su ulterior enajenación mediante el impugnado contrato*, condicionada por la modificación judicial del título sucesorio que en exclusiva le confirió indebidamente el estatus de único heredero intestado de la titular anterior, de suerte que *la carencia del carácter de propietario que requieren los contratos traslativos del dominio*, específicamente a cargo del vendedor en el de compraventa, (...) deviene procedente estimar la demanda en examen”. Recurso de Casación Civil radicado al expediente Núm. 173 de 2016, interpuesto contra la Sentencia Núm. 328 de 18 de noviembre de 2015, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en el proceso civil ordinario Núm. 388 de 2015, sobre nulidad de contrato de contrato de compraventa de vivienda.

lo cierto que en el específico supuesto de hecho sujeto a juzgamiento en el proceso en examen, *el acto de adjudicación hereditaria carece de efectos por la firmeza del resultado judicial nulificante alcanzado previamente*, de suerte que *ante la carencia del título de dominio que avale la transmisión* objeto del control de los jueces, resulta adecuado y además pertinente el cauce escogido para *privar de efectos al último de los actos que lesiona el patrimonio de quien recurre (...)*. Luego, el tercero adquirente queda desprotegido.

Tendencia núm. 7: Vía tuitiva alternativa atribuible al tercero adquirente

Pocas resoluciones se ocupan de establecer, ante la pérdida del derecho de propiedad adquirido por el tercero mediante compraventa, la vía de tuición que queda expedita para este sujeto. Recientes razonamientos apuntan hacia el reconocimiento del saneamiento por evicción como vía alternativa de protección. Así lo hace la mentada sentencia Núm. 127 de 18 de marzo de 2019, cuando expresa en su segundo Considerando: “(...) salvo aquella a que se refiere el artículo *trescientos cuarenta y uno y siguientes*, del Código Civil, de manera que, en tal supuesto, resulta atinada la aplicación de las normas cuestionadas”. Por otro lado, la reciente sentencia del TSP Núm. 61 de 10 de febrero de 2020, dispone de manera expresa, en el primer Considerando de la segunda sentencia que: “(...) actuando con evidente mala fe e ignorando la situación en que inmiscuía a los terceros adquirentes que desconocían del vicio que padecía la titularidad de la vivienda, *a los que no es atinado brindar protección en el presente, salvo la de saneamiento por evicción que pudieran reclamar en proceso distinto (...)*”.

Tendencia núm. 8: Línea de solución judicial de estos conflictos y la posible jurisprudencia

La ausencia de una línea de solución judicial uniforme de los asuntos relativos a los terceros adquirentes, que pueda ser tomada en cuenta por los tribunales inferiores en la impartición

de justicia, conduce a la inexistencia de jurisprudencia al respecto. Se aprecian soluciones casuísticas que no toman en cuenta principios y presupuestos que pueden estar presentes y ser aplicables a casos similares. Además, los dictados que privilegian al tercero, suelen ser escasos, aislados y de fundamentación variable, con soslayo de disposiciones jurídicas idóneas que se encuentran vigentes, lo que configura, a juicio propio, una infracción por falta de aplicación de normas que tienen una eficacia potencial dentro del ordenamiento registral, especialmente, el artículo 34 de la LHU. Asimismo, se produce una interpretación errónea de este precepto en relación con el artículo 33, con reflejo en la aplicación indebida de normas que no imperan cuando se trata de una propiedad inmobiliaria inscrita en el Registro de la Propiedad, cuyos efectos son supletorios. Todo ello atenta, directamente, contra la previsibilidad de las soluciones judiciales y la seguridad jurídica, en sus variantes pública y privada.

El valor de la inscripción, la tutela jurídica que ha de dispensarse al titular inscrito -el tercero adquirente que se inscribe es uno de ellos- por el hecho de haber confiado en el mecanismo público que se encarga de dar publicidad y asegurar, en este caso, al derecho de propiedad, no se acoge ni se declara en los fallos examinados. La magistratura cubana, a diferencia de algunos dictados provinciales donde se reconoce este efecto-principio, cuida de no fallar ningún asunto -a pesar de que los abogados alegan la aplicación del artículo 34 LHU- sobre la base del efecto principal que ha de producir un Registro de la Propiedad como el cubano. Por tal razón, obvio resulta que, tras casi una década de vigencia del Decreto Ley Núm. 288/2011, no se ha logrado una configuración jurisdiccional acabada en torno a la protección de los terceros adquirentes de viviendas en Cuba.

III. Algunas pautas de actuación jurisdiccional que propenden a la protección efectiva

La protección a los terceros adquirentes de viviendas por la que se aboga, descansa en la atribución de una regla de

propiedad que asegure el derecho real adquirido mediante la celebración del contrato de compraventa. Las peculiares características del contexto cubano actual –sobre todo en los órdenes social y económico-, unido a los vaivenes en la operatividad del Registro de la Propiedad y en la autonomía de la voluntad contractual con incidencia en el tráfico inmobiliario, han afectado, en la práctica, la inclinación de la balanza hacia la esfera jurídica del tercero adquirente; tal es así que los comentarios anteriores demuestran el desconocimiento de la aplicación preferente del régimen de publicidad registral, así como la eficacia del aseguramiento que de él emana. Pero su protección no resulta imposible, debe ganarse en convencimiento de que los postulados sustantivos que ordenan el sistema registral gozan de plena vigencia y aptitud para regir la resolución de estos conflictos en las circunstancias actuales.

De modo que el andamiaje institucional del país y su normativa –aun con insuficiencias- ofrece una protección a los terceros adquirentes que toma como punto de partida el Registro de la Propiedad. Retocado en cuanto a su organización y funcionamiento, esta institución goza de vocación protectora con asidero en el artículo 34 de la LHU; empero, hacerla efectiva precisa de la imprescindible tutela judicial. El paso del tiempo no exige, en esencia, una interpretación evolutiva de esta norma específica que atempere aplicaciones incongruentes a las condiciones reales del tráfico cubano o las que se deducen del análisis sistemático del ordenamiento nacional, sino todo lo contrario; se demanda su aplicación tal cual, sin más reservas que el riguroso cumplimiento de los presupuestos y requisitos de protección. Respecto a la exigencia de la buena fe del adquirente, apreciable al momento de perfección del contrato que genera el título inscribible, al no encontrarse regulada expresamente en el artículo 34 de la LHU –en franca sintonía con el desarrollo doctrinal del estatuto tuitivo de los terceros adquirentes-, ha de conectarse con el artículo 6 del CC, en virtud del alcance supletorio de este cuerpo legal.

Lo indicado anteriormente garantiza una solución inmediata a la problemática que ha sido centro de atención, ya que permite en el corto plazo brindar protección a los terceros adquirentes de viviendas sobre la base de una norma jurídica vigente, en cuya funcionalidad se ha hecho hincapié. No se trata de una solución caprichosa ni forzada, sino respetuosa de lo establecido legalmente, aunque provenga de un momento histórico pasado que ahora precisa ser retomado, en defecto de una regulación moderna que despeje las dudas sobre su aplicación. Esta solución es, además, la más eficiente, porque ofrece mayores ventajas a menores costes, de cara a la efectividad del resultado del proceso. Téngase en cuenta que quien tiene el inmueble en su poder es el tercero adquirente, el cual actúa conforme a las exigencias legales y del tráfico -verifica registralmente la titularidad de su transmitente y confía en la información brindada, desconociendo la presencia de causas que puedan poner en peligro su adquisición-, por lo que, conminarlo a restituir el bien no resulta de sencilla realización, ya que puede retrasar su entrega o efectuarla de modo perjudicioso.

Mayor complejidad presenta el escenario en que una cadena de transmisiones –integrada por al menos dos compraventas sucesivas al título declarado ineficaz- se resquebraja; pues la plena satisfacción del titular civil, protegido por la atribución judicial de una regla de propiedad, depende de la colaboración del tercero adquirente que posee la vivienda, quien no tiene porqué conocer al transmitente que ha actuado *a non domino*, al no relacionarse contractualmente con él. En estos casos, garantizar la protección efectiva del derecho de propiedad del titular civil, así como el ejercicio de acciones personales por parte del tercero adquirente contra el transferente *a non domino*, resulta tarea espinosa, pues se pone en tela de juicio la eficiencia de la tutela jurisdiccional al tomar como baremo la seguridad jurídica. Resulta más seguro mantener en su posición al último que ha adquirido onerosamente y de buena fe –bajo la apariencia jurídica que del sistema registral dimana y en

razón del valor de su inscripción- y, en consecuencia, reparar económicamente al titular civil; quien, en razón de la eventual relación que le une al transmitente, se encuentra en mejor condición que aquel -sobre todo, en transferencias sucesivas- para exigirle responsabilidad.

Por tales razones, resulta conveniente, establecer determinadas pautas de actuación que, a modo de guía, puedan ser empleadas por los jueces en la impartición de justicia. De tal suerte, estos conflictos que se caracterizan por su alto grado de complejidad técnica y elevada sensibilidad económica y social pueden ser dirimidos -en las condiciones normativas actuales- con mayor eficiencia; al garantizar un mayor grado de uniformidad, equidad y seguridad jurídica. Se proponen, en consecuencia, las siguientes líneas de razonamiento coherente que puede considerar el juzgador para tomar en consideración el interés jurídicamente relevante en el conflicto de derechos.

1ª) Determinación de la condición de tercero adquirente. La comprobación de si el sujeto que alega su condición de tercero adquirente ciertamente lo es, deviene cuestión básica pero imprescindible para garantizar una correcta aplicación del Derecho. Ello requiere, en consecuencia, la adecuación de la situación fáctica concreta al concepto de tercero adquirente de inmuebles, lo que hace posible su identificación.

2ª) Evaluación de los presupuestos de protección. Resulta absolutamente necesario el deliberado control de la concurrencia de los presupuestos para proteger al tercero adquirente mediante la fe pública registral. Primero, que su negocio adquisitivo cuenta con los elementos de validez requeridos legalmente (*cf.* artículo 33 LHU); y segundo, la presencia de inexactitud registral. Ello favorece el rechazo de situaciones que no ameritan la tutela preferente si no se cumplen tales presupuestos y, en caso favorable, abre paso a la evaluación del resto de las circunstancias. La invalidez de la propia adquisición obstruye toda posibilidad de proteger, incluso, mediante una regla de responsabilidad al tercero adquirente. Sin embargo,

la falta de inexactitud registral, como consecuencia de la no inscripción del acto transmisivo-adquisitivo en el Registro de la Propiedad por parte de este sujeto, conduce a la valoración de vías alternativas de tuición (en el mismo u otro proceso), si ha actuado conforme a determinados cánones que ameriten la atribución de una regla de responsabilidad.

3^a) Verificación de los requisitos de protección. Quien resuelve debe comprobar la materialización de los requisitos de protección en el tercero adquirente: que el transferente haya inscrito su negocio adquisitivo; que el tercero haya inscrito su adquisición; que esta sea onerosa; y que se constate la buena fe registral. Este último, demanda del tribunal toda su agudeza, pues ha de garantizar el respeto al carácter presuntivo de la buena fe, destruible mediante hechos probados por la contraparte. En cuanto a su alcance, ha de inclinarse por la concepción de la buena fe psicológica; admitiéndose la buena fe ética como fórmula para valorar –con prudencia– el interés defendible y exclusivamente en aquellos casos en que el juzgador albergue duda razonable. El momento de su apreciación es el de la autorización del contrato traslativo, sin que deba extenderse hasta la solicitud y práctica de la inscripción.

4^a) Aplicación del artículo 34 LHU. La confirmación de los requisitos mencionados permite identificar al tercero hipotecario, solo así se procede a la aplicación del precepto indicado para proteger su derecho real mediante una regla de propiedad, lo que tributa no solo al cumplimiento de la legalidad y la consagración de la justicia y equidad, sino también a la consecución de una solución eficiente del conflicto, que asegura la efectividad del derecho adquirido y la seguridad jurídica.

5^a) Reconocimiento de la regla de responsabilidad para el titular civil. La vía tuitiva disponible para el titular civil cuando todo apunte hacia la aplicación del artículo 34, constituye un deber ineludible del tribunal actuante en función de la genuina impartición de justicia; aunque la atribución de la regla de responsabilidad se concrete posteriormente a través del ejercicio

de la acción personal más adecuada, e incluso, mediante la vía penal que pudiera quedar expedita, según los hechos probados.

6ª) Fundamentación del fallo como un principio abarcador de protección. Para fundamentar el fallo debe tomar en cuenta la premisa de que la salvaguarda a los terceros adquirentes no ha de conseguirse casuísticamente, sino que requiere la aplicación de un principio abarcador de protección con razonamiento sobre la pertinencia de los presupuestos y requisitos en el caso concreto.

IV. Reflexión final

Tras casi cuarenta años de eterno letargo en cuanto a la protección de los terceros adquirentes de viviendas en Cuba, imprescindible resulta encauzar las soluciones jurisdiccionales hacia la senda de la predictibilidad y la seguridad jurídica. Estos sujetos demandan en la actualidad la elucidación de una vía tuitiva que les garantice de manera efectiva el derecho de propiedad adquirido, el legítimo interés de conservarlo y de ser tenidos por titulares *in rem*. En este sentido, la judicatura cubana debe uniformar prácticas y argumentar sus fallos sobre la base del Derecho aplicable y los fundamentos técnicos que permiten sustentar las adquisiciones *a non domino*.

En definitiva, un fallo estimatorio de la protección a los terceros adquirentes potencia la realidad jurídica registral y la confianza que depositan en ella los terceros, al tiempo que fortalece la presencia y eficacia sustantiva del Registro, e incentiva a los particulares a inscribir y a utilizar el aseguramiento registral en función de realizar sus transacciones sobre bienes inmuebles, especialmente, viviendas de residencia permanente. En tanto, un fallo desestimatorio, si bien afianza la estabilidad de los derechos reales adquiridos conforme al Derecho Civil estricto, ofrece prevalencia a la realidad jurídica extrarregistral en desmedro de la registral, lo que implica –aunque no sea la intención– una importante obstaculización para que el Registro

de la Propiedad cubano gane en eficacia sustantiva e impacto en la sociedad, lo que trae aparejada su desnaturalización. Esta última postura no es consecuente con el interés público de procurar la institucionalización del Estado cubano, ni consolidar su modelo de desarrollo económico y social a través de la equidad, la seguridad y la eficiencia, valores esenciales que han de regir la impartición de justicia.

Los debates ideológicos sobre los poderes del juez civil en materia probatoria. Breves reflexiones sobre el modelo de juez cubano

Ideological debates on the powers of the civil judge in evidentiary matters. Brief reflections on the Cuban judge model

Luis Alberto Hierro Sánchez¹
Universidad de La Habana, Cuba

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 484-519

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e524>

Recibido: 01/02/2021

Aprobado: 15/03/2021

Resumen: Los poderes del juez constituyen un tema recurrente en cualquier agenda de Derecho Procesal, a partir de los debates ideológicos que todavía persisten en la doctrina moderna, fundamentalmente en materia probatoria. La idea de un proceso civil garantista asociada a la inactividad de los jueces se contrapone a la de un juez activo en la dirección procesal y material del litigio. Al caso cubano no le es ajena dicha polémica, ya que la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico regula un prototipo de juez con amplios poderes que en la práctica no ha tenido la repercusión necesaria, producto de la

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (2014). Profesor Asistente de Derecho Procesal, Derecho de Obligaciones y Derechos de Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Juez de la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y Presidente de su Capítulo Provincial en La Habana. Email: hierro@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5023-5647>)..

influencia española decimonónica; panorama que parece cambiar tras la promulgación de la nueva Constitución de la República y el proceso de reforma legislativo derivado de ella.

Palabras clave: poderes del juez, ideología, iniciativa probatoria, garantismo procesal, activismo judicial.

Abstract: The powers of the civil judge are a frequent topic in any procedural law agenda, based on the ideological debates that still persist in modern doctrine, essentially in matters of evidence. The idea of a civil guarantee process is associated with the inactivity of the judges, a theory that is opposed to the idea of judicial activism in the procedural and material direction of the conflict. This controversy is not alien to the Cuban case, since the Civil, Administrative, Labor and Economic Procedural Law regulates a prototype of a judge with sufficient powers that in practice have not reached the necessary relevance, as a result of the nineteenth-century Spanish influence; scenario that seems to change after the promulgation of the new Constitution of the Republic and the legislative reform process derived from it.

Keywords: powers of judges, ideology, evidentiary initiative, procedural guarantees, judicial activism.

I. Introducción necesaria

Desde la perspectiva del Derecho Procesal, la labor de los jueces ha estado presente desde los orígenes de los modelos de enjuiciamiento. Los cinco siglos de proceso inquisitivo en Europa y por derivación en América, perfilan un modelo de juez con amplias facultades², tanto en la conducción del procedimiento, como en los poderes que trascienden al plano material. El Siglo XIX, por su parte, trae consigo “un giro copernicano” en la forma de enjuiciamiento, ya que el movimiento codificador napoleónico sienta las bases para la evolución hacia un escenario

² Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan (2015). *Derecho Procesal. Parte General*. Ed. Félix Varela, La Habana, págs. 1-17.

procesal diferente, con un modelo de juez en contraposición al prototipo inquisitivo precedente³.

La codificación española decimonónica perfila un modelo de juez con poderes limitados, pues prevalece la desconfianza en las atribuciones que los magistrados pudieran asumir en conflictos que tienen como sustento esencial un derecho privativo de las partes. Se visualiza la función de impartir justicia como una actividad estatal, pero limitada, en tanto las partes actúan como dueñas absolutas del contenido de la litis y cualquier posibilidad de intromisión del juez en ese ámbito queda absolutamente vedada.

La historia señala con especial atención la reforma procesal ocurrida en Austria a finales del Siglo XIX, con la promulgación de la Ordenanza Procesal de Franz Klein, que introduce un modelo procesal caracterizado por la oralidad, la concentración de actos procesales y las amplias potestades de los jueces en la conducción del proceso. Sin embargo, razones de diferente naturaleza conducen a que el modelo procesal de Klein no logre la aceptación y difusión requeridas hasta que, a mediados del siglo XX, las reformas procesales que se gestan en Europa y América Latina lo rescatan como referente para la creación de un nuevo modelo procesal⁴.

En el campo conceptual les corresponde a los grandes maestros del Derecho Procesal italiano el mérito de haber reclamado una posición más activa de los jueces en el proceso civil. Se parte del presupuesto, expuesto por Calamandrei, de que en el juicio se decide la aplicación de una norma que encarna la voluntad estatal, razón por la cual al Estado no le pueden ser

³ COUTURE, Eduardo (1948). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediar Editores, Buenos Aires, Tomo I, pág. 307.

⁴ Sobre el legado de Franz Klein y su trascendencia para el proceso civil moderno *vid.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1947). "La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, pp. 389 y ss. De fecha reciente *vid.* también CIPRIANI, F (2001) "Ideología de la función judicial. En el centenario de Klein", en *Revista de Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 27, Bogotá.

indiferentes los destinos del proceso y fundamentalmente de quien lo conduce⁵. En este contexto, la promulgación del Código Procesal Civil italiano de 1940 marca un hito trascendental en la conformación del proceso civil actual, ya que comienza a hablarse de litis y proceso como conceptos diferentes y separados, con el objetivo de distinguir los aspectos procesales de los materiales y, en consecuencia, empoderar al juez como director del proceso.

A su turno, los procesos de reforma acaecidos en el contexto iberoamericano desde finales del siglo XX y comienzos del XXI, a pesar de tomar referencia de los Códigos Procesales Modelos⁶, no han podido evitar el resurgimiento de un pensamiento neoconservador que, bajo el pretexto de un juez autoritario y dictatorial, trata de reducir su papel en el proceso a una expresión mínima. Corriente de pensamiento que, de la mano de Montero Aroca, Cipriani, Monteleone y Alvarado Velloso, condena cualquier forma de activismo judicial, en tanto no considera la intervención del juez en el proceso como una expresión del garantismo consagrado en los textos constitucionales para la protección de los derechos de los justiciables.

⁵ En este sentido, el maestro italiano advierte con total tino que “La función del abogado aparece, por el contrario, profundamente cambiada y elevada, cuando en el Estado constitucional, que reivindica para sí la función jurisdiccional como complemento indispensable de la legislativa, se comienza a sentir que el resultado del proceso no es extraño al interés público, ya que en todo proceso se encuentra en juego la aplicación de la ley, es decir, el respeto a la voluntad colectiva. Y esto no sólo en el proceso penal, que se construye hoy totalmente sobre el derecho subjetivo de castigar, que pertenece al Estado, sino también en el proceso civil, en el cual el interés individual de los litigantes aparece cada vez más como el instrumento inconsciente del interés público, que se sirve de la iniciativa privada para reafirmar en los casos controvertidos la voluntad concreta de la ley”. *Vid.* CALAMANDREI, Piero (1926). *Demasiados abogados*. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie A-I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, p. 3.

⁶ Dichos Códigos Procesales Modelos sirvieron de referente a finales del siglo XX y comienzos del XXI, para la promulgación del Código General del Proceso del Uruguay en 1988, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000, el Código General del Proceso de Colombia de 2012, así como los más recientes Código de Proceso Civil de Brasil y el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, ambos de 2015; y el Código Procesal Civil de Costa Rica de 2016.

Otro grupo de autores sostienen con fuerza la que pudiera denominarse como concepción kleniana del proceso civil, en la que el juzgador se convierte en garante del debido proceso judicial al estar dotado de un conjunto de poderes que le permiten administrar justicia desde el mismo momento en que se echó a andar la maquinaria jurisdiccional. Autores como Berizonce, Taruffo, Morello, Parra Quijano, Barbosa Moreira y Picó I Junoy defienden la idea del juez como autoridad encargada de dirigir el proceso sin caer en excesos⁷. No pueden identificarse entonces los conceptos de autoridad con autoritarismo, cual libertades ilimitadas que someterían a la justicia al imperio de la discrecionalidad judicial. Se trata de poderes, cual potestades, no de libertades asociadas a la función jurisdiccional.

Por su parte, Cuba no ha estado ajena a este debate y es meritorio señalar el destacado trabajo elaborado por Álvarez Tabío, de 1946, titulado “El Juez Activo en el Proceso Civil”, donde reclama para los magistrados un papel más preponderante en la conducción de los procesos⁸. Tampoco puede dejar de mencionarse el Proyecto de Código Procesal Civil de Guillermo Montagú, de 1951, que promueve la idea de un juez con amplios poderes para el impulso y la dirección del proceso, así como la posibilidad de disponer de oficio las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las partes, convocarlas en cualquier estado del proceso e interrogarles sobre el objeto de la litis siempre que lo estime oportuno, y ordenar las inspecciones necesarias para el mejor conocimiento de los hechos⁹.

⁷ Una visión bastante completa del fenómeno ideológico en el proceso civil se encuentra en MONTERO AROCA, Juan (Coord.) (2011). *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, 2ª edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

⁸ ÁLVAREZ TABÍO, Fernando (1946). “El juez activo en el proceso civil”, en A.A.V.V., *Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial, Curso de Conferencias sobre Derecho Procesal*, Ed. Lex, La Habana.

⁹ La visión sobre el proceso civil del alto magistrado cubano, y su propuesta de código puede encontrarse en: DE MONTAGÚ, Guillermo (1951). *Origen y formación del proceso civil moderno*, Ed. Cultural S.A., La Habana.

La reforma procesal cubana de los años setenta recibe los efluvios de la teoría del Derecho Socialista soviético e introduce un catálogo de facultades a los jueces. Empero, no ha sido práctica frecuente de los jueces cubanos el uso del abanico de potestades que les franquea la ley. Resulta de conocimiento en el gremio jurídico que ha correspondido al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), a través de sus Instrucciones¹⁰, revitalizar dichos poderes, pues su ejercicio ha sido prácticamente nulo. No obstante, en el proceso civil aún persisten los rasgos del proceso escriturado y solo se le concede espacio a la oralidad en los actos judiciales que de manera prospectiva regula la ley. La reforma procesal de 2006 no solo introduce un nuevo proceso –el económico–, sino que trae consigo la implementación de un nuevo modelo procesal que converge, convive y se yuxtapone al proceso civil. Dicha reforma procesal tiene como cimiento la reconfiguración de los principios guías del proceso, con mayor presencia de la oralidad y, consecuentemente, de la inmediación del juez con las partes. Por lo tanto, en la medida que existen dos modelos procesales en la misma norma, coexisten dos modelos de juez sustancialmente diferentes.

Lo cierto es que, por poderes del juez deben entenderse aquellas potestades que le son propias en virtud de un mandato estatal y que constituyen la base de su actuación no solo en la dirección e impulso del proceso, sino también en la toma de decisiones; funciones todas que conforman lo que comúnmente se conoce como actividad jurisdiccional. Los poderes del juez abarcan –entonces– dos direcciones, una estrictamente procesal asociada a impulsar los actos del proceso, de cara a lograr una

¹⁰ Se hace referencia, primero, a las instrucciones 186 y 187 de 2007, y luego a la 216 y 217 de 2012, y más reciente a la 226 de 2013, todas del CGTSP. Aunque todas constituyen referente en cuanto a los poderes del juez, particular relevancia merece la Instrucción 216, que en relación con las prerrogativas del juzgador amplió los contornos de la función jurisdiccional en sede familiar, fundamentalmente en materia de legitimación, prueba, régimen cautelar, ejecución e inmediación con las partes; y que ha tenido repercusión directa en el proceso civil con la entrada en vigor de la Instrucción 217 primero, y la 226 después.

impartición de justicia expedita y eficiente; y otra que respalda y justifica su intromisión en asuntos que le estaban reservados originalmente a las partes, como paliativo al principio dispositivo, que son los conocidos y polémicos “poderes instructorios”, derivados –fundamentalmente– de la regulación legal de su iniciativa probatoria. El otorgamiento de mayor o menor iniciativa probatoria al tribunal se encuentra siempre en relación con la finalidad del proceso civil y, sobre todo, con el reconocimiento de la vocación garantista de la jurisdicción; sin dejar de lado, por supuesto, la función de la prueba en el debate judicial.

En este contexto, no puede perderse de vista que, tras la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República de Cuba, el 10 de abril de 2019¹¹, no solo se consagran las supremas garantías de la tutela judicial efectiva¹² y el debido proceso¹³, sino que se ordena la puesta en marcha de un amplio proceso de reforma de la legislación vigente, entre las que destacan por

¹¹ Constitución de la República de Cuba, publicada en Gaceta Oficial, núm. 5, edición Extraordinaria, de 10 de abril de 2019, en vigor desde la misma fecha.

¹² Art. 92: El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla.

¹³ Art. 94: Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y, en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- a) disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte;
- b) recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene;
- c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido;
- d) acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda;
- e) no ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal;
- f) interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan;
- g) tener un proceso sin dilaciones indebidas, y
- h) obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.

su lugar privilegiado en el cronograma legislativo aprobado por el parlamento cubano, las reformas a la Ley de los Tribunales de los Tribunales Populares, la Ley de Procedimiento Penal y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico¹⁴. Por tanto, el proceso civil cubano está abocado a una inminente reforma, por lo que su modelo de juez, llamado a garantizar la tutela judicial y el debido proceso establecidos, debe resultar reformado en no pocos aspectos, incluida su iniciativa probatoria. De ahí que las valoraciones que a continuación se realizan se muevan en el campo de la norma procesal vigente, con énfasis en las reformas ya acontecidas y en el perfil ideológico del legislador procesal cubano; pero también en el del anteproyecto del nuevo Código de Procesos, siempre con la brújula apuntando hacia dónde los debates se tornan más acuciantes, como es la materia probatoria.

II. La base ideológica de los poderes del juez en materia civil

La creación del Derecho, indica Taruffo, no está exenta de contaminación ideológica, ni de la influencia del poder estatal en cada circunstancia histórica, ni de las tradiciones que conforman el estrato social y la estructura económica¹⁵. Por lo tanto, el fenómeno jurídico, en toda su amplitud, nunca se manifiesta puro y constituye reflejo de una u otra ideología.

En esta dirección, el cambio de paradigma en la concepción del papel del juez y de las partes en el proceso civil ha sido

¹⁴ En virtud de la Disposición Transitoria Décima de la Constitución, que ordena al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el plazo de 18 meses luego de su entrada en vigor, para que presente a la Asamblea Nacional del Poder Popular los anteproyectos de ley correspondientes, lo que debe acontecer en diciembre de 2020. El cronograma legislativo para el período 2020-2023, aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su sesión ordinaria de 21 de diciembre de 2019, mediante Acuerdo No. IX-49, puede consultarse en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GOC-2020-02.pdf>.

¹⁵ TARUFFO, Michele (2013). "Ideologías y teorías de la justicia civil", en RAMÍREZ CARVAJAL, Diana (Coord.), *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Ed. Universidad de Medellín, Medellín, pp. 23 y ss.

—quizás— la cuestión que más polémica ha aportado la ciencia procesal desde su surgimiento en el siglo XIX. La reforma procesal austriaca de 1895 significa un giro radical en la forma de concebir el proceso civil, toda vez que el fenómeno de la publicización cuestiona el cometido de algunos sus principios raigales, particularmente del dispositivo y el de aportación de parte. La nueva distribución de las funciones de los sujetos procesales refuerza la posición jerárquica del juzgador respecto a los litigantes, a través de un incremento sustancial de sus poderes.

La promulgación del Código Procesal italiano de 1940 fija el sustrato ideológico de la polémica¹⁶. De un lado, se sostiene la idea de códigos liberales, que modelan un tipo de juez “garantista” de los derechos e intereses legítimos de las partes, cuando el Estado promueve el estandarte de la libertad individual con intervención mínima en la vida de los particulares, lo que encuentra expresión en el proceso judicial en la figura del juez, que debe mantenerse distante de la litis y de las partes hasta el dictado de la sentencia; de otro, aquellos códigos calificados de sociales, autoritarios e incluso totalitarios, que por regular un papel activo del juez en la dirección del proceso, pareciere que

¹⁶ La mejor explicación de este código se encuentra en su exposición de motivos, la denominada “Relación Grandi”, que firma y presenta al rey de Italia el Ministro de Justicia italiano Dino Grandi. Contiene los aspectos técnicos más relevantes de la reforma procesal italiana, a saber: la posición y evolución del problema de la reforma, que califica al nuevo código de fascista, pero reconoce que el proceso civil tiene por finalidad la resolución de conflictos privados, sin menoscabo del interés público que le asiste al Estado; el juez y su apego irrestricto a la ley, negándole cualquier posibilidad creadora de Derecho; el fortalecimiento de los poderes del juez en la dirección del proceso, al conferirle una posición prominente y reguladora, tanto en el orden procesal como en el sustantivo; la proyección jurisdiccional de los derechos subjetivos a través del principio dispositivo, como expresión del poder de disposición de las partes, pero en equilibrio con el inquisitivo, en virtud del interés público en la solución de los litigios. Asimismo, promueve el principio de adaptación del procedimiento a las exigencias de la causa, sin afectar la legalidad, pero sobre la base de la idoneidad formal según el acto procesal de que se trate; y, no menos importante, introduce modificaciones necesarias para el tránsito hacia un régimen libre de valoración de la prueba. Cfr. GRANDI, Dino (1944). “La Relación Grandi”, en DE CELLIS, F. y J. DASSEN (Trads.), *Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de motivo*. Ed. Depalma, Buenos Aires.

mutilan la iniciativa de las partes en la defensa de sus posiciones procesales respecto a un litigio concreto.

Punto de partida –esencial- para comprender mejor el tema puede encontrarse en la obra de Alcalá-Zamora. Con autoridad explica que, “Puesto que liberalismo y autoritarismo son etiquetas tomadas del campo político, procede dilucidar, ante todo, si la forma y métodos de gobierno imperantes en un país en un momento dado, repercuten ineludiblemente sobre el enjuiciamiento respectivo, o si, por el contrario, integran actividades que se mueven en órbitas distintas”¹⁷; para concluir luego que “si mediase siempre correlación indisoluble entre situación política y enjuiciamiento, (...) el mecanismo procesal sería un continuo tejer y destejer, cuando, como regla, (...) exhibe una estabilidad incomparablemente mayor que la de los regímenes políticos respectivos”¹⁸. Esta ha sido, en juicio propio, la gran ventaja de los sistemas procesales respecto a los regímenes políticos, a la vez que ha sido la camisa de fuerza, bajo el sello de reticencia legislativa, para frenar –no pocas veces- las reformas procesales.

No puede buscarse en la esfera política lo que ha de encontrarse en la ordenación jurídica del proceso, fundamentalmente en sus principios políticos y en los aspectos técnicos que guían el procedimiento. No debe llevarse al plano procesal el concepto de democracia, pues una cosa es el acceso sin obstáculos a la justicia, la existencia de tribunales predeterminados a los hechos del proceso, el sistema popular de elección de los jueces o la organización escabinada de los órganos jurisdiccionales, y otra distinta la posición de las partes en la contienda judicial –en relación con el juzgador-, que identifica doctrinalmente al

¹⁷ En su clásico “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, el maestro español pone de manifiesto la necesidad de establecer los elementos que hacen posible la coexistencia de ambos modelos en un andamiaje procesal único, puesto que en materia de proceso civil no existe un modelo puro. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992). *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Tomo II: Números 12-30. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 253.

¹⁸ Ídem, pp. 258-259.

proceso como liberal o autoritario. Tampoco puede identificarse el carácter ideológico del proceso con el eventual quebrantamiento del principio de independencia, cuando la función jurisdiccional se supedita a la ejecutiva; o cuando se rompe la imparcialidad del tribunal por la influencia de factores subjetivos que coartan su actividad.

Explica Berizonce que la perspectiva ideológica que se tenga del proceso incide en no pocos de sus elementos configuradores, pero de manera particular sobre su finalidad u objeto, la distribución de los papeles asignados al juez y las partes, la estructura del procedimiento y la regulación de las pruebas¹⁹. El profesor argentino parte de la finalidad del proceso, porque en función de ello corresponde un determinado sistema de relaciones entre las partes y el tribunal, con matices hacia lo público o lo privado, en dependencia de la posición que se tenga respecto a las prerrogativas de las partes y los poderes del juez. Reconoce, igualmente, la importancia de un procedimiento bien estructurado y de la oralidad como principio que le guía, pues asegura el contacto constante del juez con los justiciables y la aplicación directa y expedita de sus poderes de dirección e instrucción cuando la situación procesal lo demanda y, como consecuencia de ello, coloca al juez en mejor posición para la valoración de la prueba, en función de su propia racionalidad y prudencia. El juez se convierte, entonces, en el principal responsable de la observancia de las garantías procesales consagradas en los textos constitucionales.

Taruffo, en posición sincrética, es del criterio que un modelo procesal es expresión de la combinación de opciones ideológicas y de los aspectos técnicos que conforman el procedimiento²⁰, pensamiento que deja establecido que el proceso no es

¹⁹ Vid. BERIZONCE, Roberto (2017). "Ideologías y proceso", en MENDOZA DÍAZ, Juan, *El Derecho Procesal y los retos de la contemporaneidad*. Ed. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, p. 55.

²⁰ Vid. TARUFFO, Michele (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 195-196.

puramente una cuestión de tipo ideológica, ni totalmente técnica; aunque lo complicado en cualquier valoración que se haga es siempre la dimensión ideológica, pues la técnica se mantiene –normalmente– estática.

En suma, resulta harto difícil encontrar un código que responda únicamente a uno de los modelos antes señalados, más bien puede comprobarse la tendencia hacia uno u otro, en dependencia de la regulación de los elementos esenciales del proceso. No ha existido, ni existe, consenso en la doctrina al respecto, pues como bien destaca Picó I Junoy, unas y otras tesis respecto a la ideología del proceso, son más o menos admisibles²¹. Negar el carácter ideológico del proceso civil, con fundamento en el carácter técnico que le caracteriza, constituye un error. Sin embargo, el perfil ideológico del proceso no tiene necesariamente que coincidir con los principios económicos, políticos y sociales establecidos constitucionalmente por el Estado. No son pocos los ejemplos que lo demuestran, como el caso de Italia y Alemania en la primera mitad del siglo pasado, que bajo un régimen estatal fascista promulgan leyes procesales de corte publicista; o de la propia Cuba, que siendo un país socialista que ampara legalmente la iniciativa del juez, se ha mantenido fiel al *solemnis ordo iudicarium* español del siglo XIX, de tipo liberal. Lo anterior quiere decir que una cosa es la ideología política del Estado y otra la ideología del proceso, que bien pueden coincidir en su esencia²², pero también pueden ser diferentes, opuestas y convivir armónicamente.

²¹ PICÓ I JUNOY, Johan (2016). "Ideología y proceso... In medio virtus", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, p. 81.

²² Los más coherentes en este sentido han sido, en su época, los ordenamientos procesales de corte decimonónico y los ordenamientos socialistas soviéticos, que enarbolan las banderas del liberalismo y el intervencionismo estatal con aplicación práctica al proceso, a través de la figura de un juez inerte los primeros y de un juez activo los segundos. Sin embargo, aunque la doctrina soviética se pronuncia sobre el nacimiento de una nueva familia jurídica, la socialista, que incluso elimina de su acervo literario cualquier referencia occidental, las instituciones que integran el Derecho soviético pertenecen al sistema romano-francés, a pesar de que el sistema económico, político y social sea diferente al de la mayoría de los

II.1. *Garantismo procesal y activismo judicial a debate*

El proceso civil ha dejado de ser, desde hace algún tiempo, un mero mecanismo de resolución de conflictos privados. Su carácter público le imprime el sello de la búsqueda del bienestar colectivo, a partir de la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto. Como advierte González Álvarez, la publicización del proceso permite que junto a su función inmediata –solución de un conflicto intersubjetivo- se coloque en igual medida la mediata, que es la actuación del ordenamiento jurídico como expresión del actuar público, para alcanzar la justicia²³. De esta forma, las partes disponen del objeto del litigio, mas no del desarrollo del proceso, función que corresponde al tribunal.

Sin embargo, el posicionamiento del juez como director del proceso encuentra férreos detractores, al punto de concebirse como bloque dogmático compacto y opuesto a cualquier actividad que ponga en peligro la libertad y los derechos de las partes. Movimiento doctrinal de corte positivista, autodenominado garantista, que atribuye el calificativo de autoritaria a cualquier conducta procesal de oficio que se inmiscuya en la esfera material del litigio. Para esta corriente de pensamiento, el logro de la paz y la justicia sociales discurre de la mano de un juez que respete las garantías del proceso; obediencia que se traduce en una actividad pasiva –entiéndase nula- del juzgador frente a la litis. De esta manera, se concibe el proceso como mecanismo de solución de controversias, no como cauce para la realización de la justicia.

El positivismo procesal no solo implica la sumisión del tribunal al objeto del proceso y los puntos en litigio que conforman el debate judicial; sino que lo sujeta a la aportación de

países que integran el sistema continental, lo que demuestra que en materia jurídica nada es absoluto.

²³ Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2012). "Eficientismo y garantismo procesales en serio: pasando la página del debate entre publicismo y positivismo procesales", en *Derecho y Sociedad*, núm. 38, p. 290.

los hechos por las partes. Por tal razón, el tribunal no debe disponer la práctica de uno o más medios de prueba que considere imprescindibles para arribar a una decisión justa, pues debe fallar acorde al resultado obtenido de la regla del *onus probandi*. No se toma en cuenta el concepto de carga procesal, en el entendido que constituye autorresponsabilidad de las partes llevar a cabo la actividad probatoria. Actuación que puede ser desplegada eficientemente, o bien no puede serlo por no contar con los medios idóneos -aunque sea la intención-; o simplemente no ser llevada a cabo diligentemente porque no conviene, ya que la prueba aportada por una de las partes, una vez unida al proceso, sirve a ambos litigantes.

Eliminar la iniciativa probatoria del tribunal constituye objetivo claro del garantismo procesal, ya que la prueba constituye actividad exclusiva de las partes; criterio que tiene basamento en la imparcialidad del tribunal, o mejor, en su *imparcialidad*, que se quebranta si el juez se sale de los esquemas establecidos. La imparcialidad no constituye, de esta forma, garantía para la justicia, sino para la libertad de movimiento de las partes mientras dure el pleito. No puede negarse que los derechos de las partes están conectados con la actuación imparcial del tribunal, pero ello no puede significar que la imparcialidad se erija en manto protector de la irresponsabilidad, negligencia y mala fe procesales. No es responsabilidad del tribunal, en consecuencia, la garantía de la lealtad y probidad en el debate judicial.

Se defiende así un concepto de debido proceso que se perfila absoluto, intocable e inalterable. Lo debido, en este caso, no es tutela del tribunal como derecho abstracto, sino el respeto a la libertad individual; de ahí que el contradictorio, y la igualdad procesal que ello supone, dependen de que esa "libertad" no se vea afectada por el actuar oficioso de la judicatura. Las garantías del proceso, entonces, se encuentran en función de la libertad personal. El juez desempeña -según este modelo- un papel residual, de mero moderador o facilitador del debate, por lo que debe dejar transitar la litis como mejor convenga a las partes.

Por supuesto, la autodenominación de “garantista” excluye cualquier posibilidad de que un modelo opuesto lo sea y, cualquier variante de actuación activa del juez, lo convierte en autoritario. Incluso, las más recientes tesis revisionistas, de la mano de destacados procesalistas como Montero Aroca, Monteleone, Cirpriani y Alvarado Velloso, en pleno siglo XXI aún niegan los aportes del carácter publicista del proceso²⁴; crítica que centra su atención en la negativa de iniciativa probatoria del tribunal, producto de la posible ruptura de la imparcialidad judicial que ello puede generar; así como en el control de oficio de la buena fe procesal en la conducta de las partes, que coarta la autonomía privada. Negarle toda iniciativa material al juez, implica restarle efectividad y eficacia al proceso, en su carácter de instrumento idóneo para alcanzar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos en juego. En este sentido, plantea con acierto Picó I Junoy que “lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe de las partes, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas”²⁵.

Del otro lado de la cuerda del debate, el activismo judicial, como se conoce, defiende la idea de un juez con un papel protagónico en el proceso. No se trata de ser protagonista del conflicto, porque ello es responsabilidad de los justiciables, sino de coadyuvar con su actuación al logro de la justicia, a través de un fallo acorde a la verdad y a Derecho objetivo; modelo que propicia la intervención del juez a través de un

²⁴ Vid. respectivamente MONTERO AROCA, Juan (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 60-61; Monteleone, G., “Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de un revisionista”, en MONTERO AROCA, Juan (Coord.), *Proceso Civil e Ideología...*, ob. cit., pp. 105-116; CIPRIANI, Franco (2003). “El proceso civil italiano entre eficiencia y garantías”, en CIPRIANI, Franco, *Batallas por la justicia civil – Ensayos*. Ed. Cultural Cuzco, Lima, pp. 166 y ss; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 61-166.

²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan (2012). “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *Derecho y Sociedad*, núm. 38, p. 280.

conjunto de poderes-deberes que constituyen el contenido de la actividad jurisdiccional.

Con la consagración constitucional de las garantías procesales se consolida el carácter público de la función jurisdiccional, en tanto se abre paso a la idea de proceso útil y justo, a partir del redimensionamiento de sus principales caracteres²⁶. El proceso tiene que serle útil a los justiciables, en el entendido de que puedan satisfacer sus intereses y derechos, pues otra cosa quedaría en el plano de lo puramente formal. El proceso ha de ser, igualmente, justo²⁷; idea que parte del concepto mismo de tutela judicial efectiva y, sobre todo, de los elementos que la componen, o sea, cuando se tiene pleno acceso a la justicia, cuando se observan todas las garantías procesales y cuando existen eficaces mecanismos de ejecución.

Esta idea de proceso descansa también en su aparato formal, o sea, en la necesidad de contar con procedimientos diferenciados para obtener una tutela, también diferenciada, de los derechos de los justiciables, sobre todo en aquellos casos que tienden a la salvaguarda de intereses superiores. Por supuesto, corresponde al juez la garantía del contradictorio en un marco de igualdad procesal, pues si importante resulta un procedimiento bien estructurado, de mayor relevancia es que en el tránsito de una fase a otra de ese cauce procesal las partes cuenten con iguales posibilidades de defensa. Por lo tanto,

²⁶ Los nuevos paradigmas del proceso civil exigen un replanteamiento de las principales categorías e instituciones de la ciencia procesal. La presencia de nuevos actores ha ensanchado los contornos de la legitimación, así como también se aprecia un mayor protagonismo de los jueces, no pocas veces acompañantes de las partes y de sus derechos e intereses legítimos -sobre todo en los procesos familiares o de corte no dispositivo-, la tendencia a la oralidad y la intermediación del juez con las partes y con los hechos, la presencia de tutelas judiciales urgentes que anticipan el resultado procesal, la flexibilización de las formas y del principio de preclusión, conducen a pensar en que el proceso civil moderno constituye el reservorio natural para alcanzar la tutela judicial efectiva.

²⁷ Sobre la idea de proceso justo, en el sentido que se expone, vid. MASCOTRA, Mario (2016). "Lineamientos del proceso civil", en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Universidad Católica Argentina, núm. 14057, Año LIV, p. 3.

atributo esencial de la tutela judicial efectiva es, también, el derecho al procedimiento adecuado²⁸.

En esta misma tesitura, el sistema probatorio debe estar signado por la búsqueda de la verdad para alcanzar la justicia. Finalidad que no solo constituye la función teleológica de la prueba, sino que depende –en buena medida– de la regulación que sobre la admisión y denegación, práctica y valoración de los medios de prueba exista. Si bien la cuestión se centra, tradicionalmente, en la valoración de la prueba, con la reconocida tendencia a la libre apreciación por el tribunal, no puede perderse de vista que la actividad probatoria constituye la columna vertebral del proceso y cada una de sus etapas resulta crucial para alcanzar certeza sobre los hechos.

De esta forma, la admisibilidad o no de un medio de prueba –sobre todo esta última– debe fundarse en los criterios objetivos correspondientes, así como la posibilidad de impugnación de la resolución judicial correspondiente. Lo mismo sucede con su práctica, sobre todo cuando la parte a quien legalmente corresponde la carga probatoria no se encuentra en condiciones para ello; de ahí que el juez pueda, en virtud de sus poderes directivos, desplazar la responsabilidad de probar a la parte que se encuentre en mejor situación para hacerlo. Poder facultativo del juez que se realiza a través de las denominadas cargas probatorias dinámicas, interactivas o fluyentes, de tipo excepcional pero que tributan directamente a la materialización de la tutela judicial efectiva.

Por supuesto, el sistema probatorio se completa con la potestad del juzgador para ordenar la práctica de uno o más medios de prueba que considere imprescindibles para la resolución del litigio; elemento que ha sido la punta de lanza de

²⁸ Berizonce pone de manifiesto que la “universalización que supone el proceso ordinario se torna anacrónica y ha de ceder frente a los tipos diferenciados sumarios”, ello en virtud de que “No cabe admitir que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales desempeñan en la sociedad”. BERIZONCE, Roberto, “Ideologías...”, *ob. cit.*, p. 62.

la doctrina positivista para hacer notar que tal prerrogativa afecta la eficacia del proceso, o sea, su resultado. Sin embargo, la eficacia o ineficacia procesal no radica en la posibilidad de que el juez tenga o no iniciativa probatoria, sino en la utilización de esta herramienta para la búsqueda de la verdad y la creación de convicción que permita arribar a un fallo justo. Objetivo que se logra cuando los jueces cuentan con poderes suficientes para llevar a vías de efecto una actividad jurisdiccional que respete los principios y reglas que dicta la Constitución y las leyes procesales; ello en el marco de una verdadera justicia de acompañamiento²⁹.

Tampoco puede imputarse a la imparcialidad, o a su eventual quebrantamiento, la “necesidad” de eliminar de golpe la iniciativa probatoria del tribunal. La ordenación oficiosa de la práctica de un medio de prueba no se lleva a cabo para beneficiar a una sola de las partes –que puede resultar vencedora o no-, sino en beneficio de las dos para arribar a un fallo justo según las circunstancias del caso. El propio principio dispositivo, el contradictorio procesal y la igualdad de armas, constituyen límites naturales a la actuación del juez y a su parcialidad. La imparcialidad, además de ser una cualidad inherente a la condición de juez, es una garantía de las partes en el proceso; de ahí que cualquier lesión en este sentido debe ser reparada.

La eficacia del resultado procesal no está dada únicamente por el respeto impoluto a lo dispositivo, sino por la observancia que de este principio realice el tribunal en relación con lo que resulte más justo para los justiciables. El manto constitucional protector que conforman el debido proceso y la tutela judicial efectiva –con mayor amplitud- refuerzan el sello tuitivo de la función jurisdiccional y, como resulta consustancial a la jurisdicción la protección de los particulares, el juez no puede permanecer ajeno a la litis. Los poderes materiales del juez asumen, por tanto, una función de garantía, no solo porque se destinan a

²⁹ Ídem., p. 60.

salvaguardar la buena fe y la verdad en el proceso, sino porque encuentran límite en los principios políticos de este, en el propio estatuto que otorga la condición de juez y en el sistema de responsabilidad que le es inherente.

Queda claro entonces que la inactividad o protagonismo de los jueces en el proceso está en estrecha relación con los principios relativos a las formas de enjuiciamiento, que entroncan directamente con los principios relativos al objeto del proceso. Lo cierto es que dispositivo e inquisitivo deben convivir –como de hecho lo hacen– en los contornos del proceso civil, pues no existe proceso puramente dispositivo, como tampoco puramente inquisitivo. El equilibrio entre ambos convierte al proceso civil el escenario propicio para alcanzar la justicia, porque la iniciativa privada no es absoluta, como tampoco lo son los poderes del juez. La existencia de jueces activos en el proceso no es sinónimo de autoritarismo o de la existencia de una dictadura procesal, sino de lo que pudiera denominarse el verdadero garantismo procesal.

III. Reformas procesales en Cuba, poderes del juez y el perfil ideológico del legislador

En la década de los setenta del pasado siglo tiene lugar la gran reforma procesal en el campo de los procesos civil y penal en Cuba. En el orden civil, con la promulgación de la Ley No. 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, se pone fin a la vigencia del enjuiciamiento español, pero no al modelo procesal que lo inspira. En 1977 se aprueba la Ley No. 7, de 19 de agosto, que incorpora al texto el proceso laboral, por lo que la ley asume su identificación como Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral; norma vigente en la actualidad, a pesar de las diversas modificaciones que se le han introducido. Las transformaciones esenciales introducidas en 1977 se encaminan al fortalecimiento del papel del juez en la conducción del proceso, así como de específicas potestades para intervenir en el fondo del litigio, pero el modelo procesal continúa siendo el *solemnis*

ordo iudiciario, heredado de España, por lo que el proceso judicial permanece esencialmente escrito, preclusivo y lento.

No es hasta 2006, con la promulgación del Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre, que se percibe un cambio en la concepción de los procesos de corte no penal; reforma que modifica algunos aspectos del proceso civil, a la vez que introduce una cuarta parte en la ley rituaría, dedicada al proceso económico³⁰ y que modifica su denominación a Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE). En su aspecto técnico, el proceso económico se diseña para garantizar un juzgamiento por audiencias, dedicadas a sanear, practicar pruebas y escuchar los alegatos de las partes respectivamente, con énfasis en la inmediatez y celeridad procesal, haciendo más efectivos los principios de igualdad y contradicción, así como alcanzar, en lo posible, la certeza sobre los hechos alegados por las partes³¹.

³⁰ Modalidad procesal dedicada a la resolución de conflictos que se susciten entre personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras con representaciones o bienes o intereses en Cuba, con motivo de sus relaciones contractuales, salvo cuando se contraigan a la esfera del consumo de la población cubana. Parece ser que la motivación del legislador en crear este nuevo tipo procesal lo constituye el interés por brindar una tutela diferenciada a determinados conflictos vinculados con las relaciones que se producen en el campo de la contratación mercantil y la inversión de capital extranjero, fundamentalmente (Cfr. art. 739 de la LPCALE, respecto a la jurisdicción y competencia de lo económico). Como se aprecia, se trata de las controversias que surgen de la ejecución de los contratos comerciales; no obstante, la jurisdicción que resuelve este tipo de casos se le apellida económica, a tono con la tradición socialista respecto a las relaciones económicas, consagrada en el texto constitucional de 1976 y que se renueva en la nueva Constitución de la República de 2019 (Cfr. arts. del 18 al 32 de la Constitución de la República de 2019, que corresponden a los fundamentos económicos del Estado cubano).

³¹ La reforma contenida en el Decreto Ley 241/2006 pondera la proactividad de la judicatura en la tramitación del proceso, tanto así, que el tribunal cuenta con prerrogativas relativas al saneamiento del proceso, realizar acciones preparatorias una vez iniciado el trámite procesal, la celebración de comparecencia, facultades propias de la actividad probatoria y otras relativas al poder cautelar. Este modelo procesal introduce un nuevo espíritu en la judicatura cubana, que aprecia cómo en esta materia los asuntos encuentran una solución más efectiva y rápida que en el resto de las materias no penales, lo que propicia que el Tribunal Supremo Popular, a partir de importantes decisiones de su Consejo de Gobierno (CGTSP), decida cambiar la cara del enjuiciamiento en el campo del Derecho Civil y de Familia en Cuba. Tal es así, que sus Instrucciones núms. 216, 217 y más recientemente la 226, con la finalidad de

Con las reformas procesales en materias no penales en Cuba, fundamentalmente la ocurrida en 2006, se renuevan algunas instituciones, pero sin alterar significativamente el sistema a reformar en lo civil, de ahí que la doctrina cubana, al comentar el paralelismo existente entre este y el económico, haga referencia al necesario “reacomodo” de los principios troncales del primero, puesto que sigue siendo esencialmente rígido, escriturado y con escasos momentos de contacto del juez con las partes³². Con esta última reforma, el legislador cubano dota al nuevo diseño procesal de los principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad, mientras que para el resto de los tipos procesales solo operan a manera de supletoriedad inversa³³.

Pero no puede perderse de vista que la reforma procesal de los años setenta coloca al proceso civil cubano a la vanguardia de los ordenamientos que promueven la idea de un juez activo en su tramitación. La existencia de un capítulo específico dedicado

promover una práctica judicial uniforme en materia familiar y civil, expresan con claridad la intención de introducir mecanismos que posibiliten ampliar la interacción de los tribunales con las partes, así como la necesidad de un proceso más breve y predominantemente oral, todo lo cual encuentra fundamento en las más modernas tendencias del Derecho Procesal. Con razón se ha dicho que las modificaciones en sede familiar y civil constituyen una labor judicial, más que legislativa.

³² En el ámbito familiar, al no existir en Cuba un proceso especial para la solución de estos casos, las controversias se han tramitado históricamente a través de los cauces y reglas del proceso civil tradicional, por lo que cuestiones tales como la indisponibilidad del objeto del proceso, la intervención preceptiva del fiscal, las amplias facultades probatorias del juez, las posibilidades cautelares, la legitimación, entre muchas otras que caracterizan el Derecho Procesal de Familia, no están presentes en la normativa procesal cubana. Sin embargo, en 2012 el CGTSP dicta la Instrucción núm. 216, que regula el procedimiento para este tipo de conflictos y dota al juez de útiles herramientas que le convierten en acompañante de las partes y garante no solo del debido proceso, sino de los intereses superiores que se ventilan en este tipo de procesos.

³³ Recuérdese que el proceso modelo sigue siendo el ordinario civil, por lo que solo se puede mirar al económico, de manera supletoria, cuando no exista regulación específica en aquel, como es el caso del catálogo de medidas cautelares cuya aplicación se extiende al proceso civil, que solo regula el embargo preventivo. Supletoriedad que, como ha acuñado en más de una ocasión el profesor Mendoza Díaz, se lleva a cabo de manera inversa, pues lo atinado –técnicamente hablando– es mirar siempre al proceso civil –ordinario– como proceso modelo.

a las facultades del tribunal, y otras atribuciones dispersas a lo largo de su articulado así lo demuestra. Tales “facultades” se concentran en la regulación de los artículos del 38 al 45 de la LPCALE y constituyen los principales poderes de actuación del órgano juzgador en el proceso civil.

De manera general, basta decir que el tribunal puede –de oficio– disponer las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las partes en el proceso, evitar dilaciones innecesarias y concentrar las diligencias que pudieran practicarse conjuntamente, velar por la lealtad y probidad en el juicio, hacer comparecer a las partes en cualquier estado del proceso para interrogarlas sobre los hechos del proceso³⁴, resolver determinadas cuestiones que *-ab initio-* no fueron incluidas en el objeto del debate, previa alegaciones y aportación de pruebas por las partes, además de ordenar la práctica de diligencias probatorias necesarias para el cabal conocimiento de los hechos.

A pesar de los aspectos significativos que en materia de potestades del tribunal contiene la LPCALE, es lo cierto que su aplicación en la práctica judicial ha sido muy escasa, prácticamente nula. En esta tesitura, puede sostenerse que la LPCALE carece de una posición ideológica concreta, fundamentalmente en lo relativo a las posibilidades de actuación del juzgador y su relación con las partes. Dicho de otro modo, parece que el cometido del proceso civil cubano y de su modelo de juez queda claramente establecido en su faz estática o legal, en cuanto a otorgarle poderes procesales y materiales, pero ello no ha encontrado expresión material en su faceta dinámica.

El proceso civil patrio ha seguido los patrones de actuación de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC) y,

³⁴ La existencia –por ejemplo- de una eventual audiencia de naturaleza facultativa, al amparo del art. 42 de la LPCALE, se convierte en actividad de carácter preceptivo, con la entrada en vigor de las Instrucciones 216 y 217 del CGTSP, de 2012, para los procesos familiar y civil respectivamente, de tal suerte que le sirve al tribunal para sanear el proceso, delimitar los términos del debate, propiciar la conciliación y ventilar las cuestiones probatorias que puedan quedar zanjadas en el momento de su realización, una vez vencida la fase de alegaciones.

aunque se le introducen algunas de las propuestas contenidas en el Proyecto Montagú de 1951 y se regula un capítulo dedicado a las facultades del tribunal, con influencia de los aires publicistas del Derecho Procesal Civil soviético³⁵, tales prerrogativas no calan en la mente de los jueces, que las asumen con carácter facultativo, a partir de la propia nomenclatura que le atribuye la ley. Como resultado, el juez cubano –aun dotado de poderes suficientes– no adopta una posición activa en la conducción del proceso, como tampoco suele interferir en el aspecto material de la litis, a través de sus poderes instructorios.

La afirmación anterior no parece tener sentido en el escenario político-ideológico nacional, puesto que ha sido preocupación del Estado socialista cubano no solo la estructura y organización del sistema judicial, sino la forma en qué se imparte justicia, de ahí que las reformas procesales del pasado

³⁵ Los códigos soviéticos, que, desde una postura ideológica socialista, regulan un modelo de juez activo en el proceso civil, como es el caso del Código de Procedimiento Civil de 1923 y las reformas de 1964 y 1979. Sobre el papel de la judicatura soviética, destaca Gurvich que los tribunales “deben dilucidar en todos los litigios las verdaderas circunstancias del caso, así como los derechos y las obligaciones de las partes. Dicho en otros términos, los tribunales deben empeñarse por todos los medios en establecer la *verdad objetiva* en todos los litigios (...). Sólo de este modo puede asegurarse la auténtica defensa de los derechos subjetivos”. Por ello, la tutela rápida y eficiente de los derechos y libertades de las personas requiere una actuación puntual de los tribunales. Vid. GURVICH, M. A. (1971). “Objeto y sistema de la ciencia del Derecho Procesal Civil Soviético”, en GURVICH, M. A. (Dir.), *Derecho Procesal Civil Soviético*, traducción de Miguel Lubán, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p 10.

Por su parte, Mendoza Díaz destaca los aspectos más relevantes del proceso civil soviético, con énfasis en los que no inciden en la reforma procesal cubana de los años setenta, a saber: la legitimación a favor de organizaciones sociales, la existencia de un proceso de conocimiento con predominio de la oralidad, la concentración y la inmediatez, un abanico amplio de poderes del juez, labor conciliadora del tribunal, revisión de sentencias firmes mediante inspección judicial, así como la existencia de ejecutores judiciales y los denominados tribunales de camaradas. Sin embargo, reconoce que otras peculiaridades del procesalismo soviético encuentran expresión normativa y científica en Cuba, como es la definición de las fuentes formales del Derecho Procesal Civil y la concepción de que constituye finalidad del proceso civil la búsqueda de la verdad objetiva, que no es responsabilidad exclusiva de las partes. Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan (2012). “Un acercamiento al Proceso Civil cubano”, en MENDOZA DÍAZ, Juan (Coord.), *Panorama del Derecho Procesal Hispanocubano*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 97-105.

siglo fijen aspectos relevantes en la concepción y finalidad del proceso civil, como es la presencia de un juez que tiene el deber de dirigir el debate judicial a buen puerto. Sin embargo, estos pilares se colocan –casi caprichosamente– en una moldura arcaica, desfasada e ideológicamente opuesta a la visión publicista del proceso.

Con las reformas procesales de los años setenta, se refuerza el impulso procesal de oficio, aspecto que se materializa en la práctica sin contratiempos, incluso en las legislaciones de corte liberal; pero no sucede igual con el resto de las facultades del tribunal, fundamentalmente las relativas al restablecimiento de la igualdad procesal, la comparecencia de las partes en cualquier estado del proceso y las que exceden el principio dispositivo material, que son las que, en definitiva, traslucen un contenido ideológico. Se evidencia, por tanto, una ruptura entre la letra de la ley y su implementación a través de la actividad jurisdiccional, por lo que aquella, si bien no perece del todo, permanece en una especie de letargo –cual *vacatio legis* de casi cuarenta años– hasta que el CGTSP rescata el contenido de las potestades del juzgador³⁶ y, asignándole carácter preceptivo a algunas de ellas, coloca al juez en posición activa, no para disponer sobre el fondo del asunto, sino para convertirle en verdadero garante del debido proceso y la seguridad jurídica a través de una tutela judicial efectiva³⁷.

³⁶ La Ley de los Tribunales Populares, en su art. 19.1 inciso h), faculta al CGTSP para impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para todo el sistema judicial, con el objetivo de garantizar una práctica uniforme en el país en el ejercicio de la función jurisdiccional. El activismo del CGTSP en los últimos años ha cambiado la práctica jurisdiccional cubana, introduciendo modelos de actuación que no tienen un desarrollo específico en la ley, pero que, a partir de una interpretación extensiva de determinados arts., propicia la transformación del contexto existente en el ámbito del enjuiciamiento civil y familiar en Cuba.

³⁷ Si bien los conceptos debido proceso y tutela judicial efectiva aparecen en el escenario normativo nacional a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República, y poco después se proyecta hacia el ámbito procesal a través de la Instrucción 245 del CGTSP, no es menos cierto que la esencia de estos postulados se colige de la letra de anteriores disposiciones del mismo órgano gubernativo del alto foro, como las instrucciones núms. 216 y 217 de 2012, o de la reforma procesal de 2006, que le confieren al juez un papel protagónico en la dirección de los asuntos que se someten a su conocimiento.

IV. La iniciativa probatoria en el proceso civil cubano

Como se ha dicho, el actual proceso civil cubano responde, casi en su totalidad, a la estructura y funcionamiento del vetusto procedimiento español del siglo XIX. Es así que el juicio ordinario -modelo y supletorio para el resto de los tipos procesales, en atención a las amplias posibilidades de alegación y prueba que ostentan los justiciables- se compone de las tres fases clásicas del proceso escriturado, o sea, alegaciones, prueba y conclusiva.

En relación con la segunda, no puede perderse de vista que el proceso civil cubano histórico, al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, vigente hasta la década de los años setenta del pasado siglo, coloca a las partes en el epicentro de la actividad probatoria, en tanto les otorga su iniciativa tanto para el recibimiento del proceso a prueba, como para los actos de proposición y práctica. Sobre la base de este modelo, la necesidad de probar recae únicamente sobre las partes.

Sin embargo, el legislador cubano rompe con el tradicionalismo decimonónico y coloca al juzgador en posición de decidir si resulta necesario o no la apertura del proceso a prueba; una vez finalizada la fase de alegaciones, o en el mismo acto de la comparecencia que le da cierre, una vez escuchadas las posturas de las partes, fijado el objeto del debate e incluso, determinados los hechos objeto de prueba. Ello se infiere de la letra del art. 243 de la LPCALE, que regula la obligación del tribunal de dictar sentencia, sin más trámites, cuando el debate se contraiga a cuestiones de estricto derecho cuya justificación resulte de los escritos polémicos y documentos presentados; pero también la de abrir el proceso a prueba cuando los hechos introducidos por las partes requieren de posterior demostración.

En tal sentido expresa Mantecón Ramos que “Es cierto que son las partes las que tienen el interés en probar, y si es así, pudiera parecer consecuente que se les permita decidir si el proceso requiere o no de fase probatoria. Sin embargo, es el tribunal el que está en el centro visual de la controversia judicial y

es indudable que esta posición lo sitúa en mejores posibilidades para decidir algo tan importante como la necesidad o no de una etapa procesal, la de la prueba, que el legislador no ha querido dejar en manos de los contendientes³⁸. Se constata, de esta forma, el fenómeno de la publicización del proceso.

La lógica del proceso civil advierte que la actividad de probar corresponde a las partes, quienes no prueban para sí, ya que el destinatario de su diligenciamiento es el tribunal. Por tanto, los justiciables asumen una posición activa en esta sede, correspondiéndole al juzgador la expectativa de los hechos y los medios de prueba introducidos al proceso, ya que luego de la práctica de pruebas le corresponde su valoración y la emisión de la resolución judicial que le pone fin al litigio. En tal sentido, los códigos procesales regulan la carga de las partes de probar los hechos objeto de prueba.

Es así que el art. 244 de LPCALE regula la regla del *onus probandi*, por lo que a cada parte le corresponde probar los hechos que afirme y los que oponga a los presentados de contrario, así como la vigencia del Derecho extranjero cuya aplicación reclame. Se trata del precepto legal que, colocado en la antesala de la fase probatoria, resulta indicativa de la actividad a desplegar por las partes, cuando en puridad constituye una regla valorativa, de juicio, que despliega su eficacia en la fase de cierre del proceso, al momento en que el tribunal evalúa el material probatorio que obra en el expediente del caso y, sobre todo, en la sentencia. El principal problema de la carga de la prueba surge cuando la actividad probatoria desplegada por las partes no ha sido suficiente para que el tribunal arribe a convicción sobre los hechos, lo cual solo tiene sentido cuando este último aprecia tal insuficiencia.

El otro problema que presenta la regulación cubana de la carga de la prueba es el de su verificación por la parte que

³⁸ MANTECÓN RAMOS, Ariel (2016) "Teoría general de la prueba en el proceso civil", en PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne (Coord.), *Derecho Procesal Civil*. Ed. Félix Varela, La Habana, p. 158.

afirme los hechos, por lo que no considera la ley la posibilidad de que sea la parte contraria la que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. Obvia el legislador que la prueba presentada al proceso reviste importancia para ambos contendientes, por lo que supeditar la carga probatoria a los intereses procesales de parte constituye un desacierto; máxime cuando no regula la ley alguna fórmula que atenúe el rigor técnico de la regla en cuestión, como la inversión de la carga de la prueba o las más recientes cargas probatorias dinámicas.

Por iniciativa probatoria del juzgador, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, se entiende la facultad de la judicatura para acordar, de oficio, algunos medios de prueba³⁹. No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto al alcance de la iniciativa probatoria del tribunal, que puede ser mayor o menor en dependencia de la posición que se adopte. Sin embargo, se prefiere la definición planteada, en tanto el recibimiento a prueba, la admisión o denegación y la valoración de los medios probatorios constituyen ciertamente poderes-deberes del juez, mas no comportan su intromisión en el orden material, como sí lo hace la prueba de oficio.

En el caso cubano, la iniciativa probatoria del juez encuentra expresión normativa en el art. 248 de la ley procesal, en cuya virtud el tribunal, en cualquier instancia, puede acordar de oficio -e incluso a solicitud de parte⁴⁰- antes de dictar sentencia y para mejor proveer, las diligencias de prueba que considere indispensable para llegar al cabal conocimiento de la verdad, en relación con las cuestiones planteadas. Disposición que otorga al tribunal la facultad de convertirse en sujeto agente de la prueba, ante la insuficiencia probatoria de las partes.

³⁹ Cfr. entrada "iniciativa probatoria del juzgador", en Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, Real Academia Española-Cumbre Judicial Iberoamericana-Consejo General del Poder Judicial, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/iniciativa-probatoria-del-juzgador>; consultado el 20 de julio de 2020, 20:35 h.

⁴⁰ En cuyo caso no existe iniciativa probatoria del tribunal, sino de parte.

La LPCALE regula otras posibilidades de iniciativa probatoria de oficio, dispersas en su texto, siempre bajo la fórmula semántica “podrá disponer”, que indica el carácter facultativo de su potencial actuación. Tal es el caso de la realización de reproducciones de documentos, cosas y lugares que sean de influencia decisiva en el proceso (art. 320), la celebración de careo, para mejor proveer, entre testigos cuyas declaraciones contradictorias sean determinantes para la resolución que haya de dictarse (art. 340), las diligencias necesarias en el acto de inspección de obra nueva (art. 417), las diligencias de prueba para resolver sobre la admisión de la audiencia en rebeldía (art. 446, segundo párrafo), las medidas para confirmar el estado de incapacidad de una persona, una vez visto el informe médico de rigor (art. 588, segundo párrafo) y las diligencias de prueba pertinentes para la adveración de las informaciones para perpetua memoria (art. 597).

Los supuestos anteriores tienen fundamento -igualmente- en la búsqueda de la verdad material, objetivo que signa cualquier actuación del tribunal en un modelo procesal publicístico. En general, puede decirse que tales posibilidades se incluyen en la actividad probatoria de oficio, ya que es el tribunal quien las realiza en función de un objetivo superior, como es alcanzar la justicia. Sin embargo, es la oportunidad para disponer la práctica de una prueba para mejor proveer, la que se ajusta a una real iniciativa probatoria del tribunal en el proceso civil cubano.

Otros supuestos integran lo que se conoce como actividad esclarecedora de los hechos, pero no comportan una actividad a muto propio del juzgador. Por ejemplo, la facultad de hacer comparecer a las partes en cualquier estado del proceso para interrogarlas sobre los hechos y realizar la inspección de libros o cosas que integren el material fáctico de la litis, siempre que ello propicie un mejor conocimiento de los hechos, de conformidad con el art. 42 de la LPCALE. Prerrogativa que, si bien tiene cierto matiz probatorio, no implica la práctica de medios de prueba, sino la indagación y esclarecimiento de algunos

extremos en particular. Como se aprecia, este poder puede ejercerse en cualquier momento procesal, pero no ha sido utilizado con frecuencia por la judicatura patria.

Cuestión diferente es la contenida en el art. 45 de la ley rituaría, que en franca regulación del principio de oficialidad establece la facultad del tribunal para resolver sobre aspectos no contenidos en los pedimentos iniciales de las partes, siempre que guarden relación con ellos y se instruya a las mismas para que hagan sus alegaciones y propongan las pruebas que estimen convenientes en defensa de su derecho. Nótese que se trata de una facultad extraordinaria, que le permite saltarse la congruencia cuando no tiene claridad sobre lo planteado y debatido en juicio, producto de la presencia de nuevos elementos que requieren el despliegue de mayor actividad procesal. Constituye un poder instructorio, que pone a las partes en conocimiento de nuevos aspectos sobre los que el juzgador necesita escuchar sus particulares apreciaciones y, en consecuencia, también requieren su prueba. Pero ello no se traduce en iniciativa probatoria de las partes, porque no son ellas las que introducen los hechos nuevos al proceso, sino el tribunal, a partir de lo debatido en las actuaciones. Tampoco se trata de iniciativa probatoria del tribunal, sino de un poder que surge de la aparición de indicios, o cuando de las pruebas practicadas surgen nuevos hechos, o por la presencia de hechos accesorios, requeridos todos de alegaciones y prueba. Ahora bien, si estos nuevos hechos no son suficientemente probados por las partes, el tribunal entonces puede disponer la práctica de los medios probatorios necesario, por vía de la institución del mejor proveer.

La *ratio legis* de este último precepto se encuentra en los procesos de corte no dispositivo, fundamentalmente los familiares, pues los intereses superiores que a estos conflictos subyacen ofrecen un abanico más amplio de posibilidades al juzgador en lo concerniente al sustrato material de la litis. No obstante, pudiere resultar de aplicación en los procesos puramente civiles, si la situación fáctica lo requiere; sobre todo a partir de la

entrada en vigor del nuevo Código de Procesos, que acentúa el carácter público del proceso civil cubano⁴¹.

IV.1. Las pruebas para mejor proveer

Con Mantecón Ramos, se sostiene que “a través del mejor proveer puede demarcarse didácticamente la fisonomía de la prueba de oficio”⁴², por supuesto, en los contornos del proceso civil cubano. No cuenta el juez cubano, por lógicas razones⁴³, con un art. como el 429 de la LEC española de 2000, que ubicado en el momento de la audiencia preliminar, faculta al juez para, respetando los límites del principio dispositivo y las fuentes de prueba obrantes en actuaciones, y ante la insuficiencia probatoria de las partes, disponer la práctica de medios de prueba que la completen⁴⁴.

Según la regulación del art. 248 de la LPCALE, las pruebas para mejor proveer pueden practicarse en cualquier instancia, por lo que procede también en el segundo nivel de conocimiento, correspondiente a la apelación. A su vez, constituyen

⁴¹ Por ejemplo, en un conflicto sobre relaciones de vecindad que, aunque tenga por objeto un pedimento concreto, amerite el referido salto a la congruencia, producto de nuevas circunstancias surgidas del desarrollo de la actividad procesal. Conflicto típicamente civil, pero que puede traer a colación la aparición de nuevas circunstancias que afecten la realidad circundante y, derivado de ello, se precise una mayor intervención del tribunal.

⁴² MANTECÓN RAMOS, Ariel, “Introducción...”, *ob. cit.*, p. 39. De este mismo autor, con mayor profundidad, vid. *Cien problemas de la prueba judicial en lo civil*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014, pp. 132-145.

⁴³ Primero, porque no se estructura a través de la celebración de audiencias sucesivas y, segundo, porque en la comparecencia que presenta rasgos similares a los de una audiencia preliminar, no se incluye la posibilidad de prueba, ni para las partes ni para el tribunal, tan solo la fijación de los hechos y la eventual apertura de la fase probatoria.

⁴⁴ Un análisis exhaustivo del art. 429 de la LEC española de 2000 se encuentra en MARRERO FRANCÉS, I., MARTINEZ SÁNCHEZ, M., RODRIGUEZ ANTÚNEZ, D. y M. De Ros Sampedro, “Análisis art. 429.I, II y III de la LEC”, en Abel Lluch, X. y J. Picó I Junoy (Coords.), *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*, Ed. J. M^º Bosch editor, Barcelona, 2003, pp. 41-66. Con visión práctica, vid. Abel Lluch, X. y J. Picó I Junoy, “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en Abel Lluch, X. y J. Picó I Junoy (Coords.), *Los Poderes del Juez Civil...*, *ob. cit.*, pp. 137-174.

diligencias genéricas, por lo que abarcan a todos los medios probatorios regulados en la ley, sin restricción; al tiempo que constituyen complemento de la actividad desarrollada por las partes en la fase de prueba, de ahí su naturaleza subsidiaria o residual.

Su objeto estriba en la búsqueda de la verdad material, entendida como la verdad extraprocesal; que también se erige como objetivo teleológico de la prueba en general; cuestión que encuentra no pocos críticos en la doctrina. En definitiva, si la finalidad mediata del proceso civil es alcanzar la justicia, tiene sentido entonces que el juez, en el ejercicio de la impartición de justicia, pueda acercarse, a partir de su propia actividad, a la verdad. Sin embargo, encuentran límite en los hechos introducidos por las partes, o por el tribunal, con respeto de las reglas del art. 45 de la LPCALE, o sea, cuando la prueba de oficio guarde relación con las cuestiones planteadas y debatidas en el proceso. Ahora bien, que las partes no hayan intentado la demostración de alguno de los hechos objeto de prueba, no significa que el tribunal no pueda hacerlo por vía del mejor, pues el límite se encuentra en que sea un hecho contenido en actuaciones⁴⁵.

Como nota distintiva de su regulación, cabe acotar que, si bien pueden ser solicitadas por las partes, ello no significa que la institución está destinada a suplir la inactividad de aquellas respecto a un hecho concreto; o sea, que este mecanismo no está diseñado para probar lo que debe probarse en la fase de pruebas⁴⁶. Asimismo, la solicitud de estas diligencias por las partes se circunscribe a lo regulado en los apartados tercero y cuarto del art. 623 de la LPCALE, o sea, cuando después de

⁴⁵ Cfr. SSTSP núm. 1342/2001, de 21 de noviembre, recurso de casación en materia administrativa radicado en el expediente núm. 860/2001, y núm. 396/2010, de 27 de diciembre, recurso de casación en materia civil radicado en el expediente núm. 400/2010.

⁴⁶ Cfr. SSTSP núm. 971/2001, de 24 de julio, recurso de casación en materia administrativa radicado en el expediente núm. 545/2001, y núm. 1047/2006, de 26 de diciembre, recurso de casación en materia administrativa radicado en el expediente núm. 2168/2006.

la oportunidad legal para proponer prueba, hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia en el proceso, que aun siendo anterior, la parte a quien interese asegure, bajo la responsabilidad correspondiente al delito de perjurio, no haber tenido antes conocimiento de aquel; o cuando el demandado declarado rebelde no citado en su persona, haya comparecido después de la oportunidad legal para proponer pruebas.

Respecto al momento procesal de su práctica, como su naturaleza es residual, obvio resulta que se lleve a cabo una vez declarado el proceso concluso para dictar sentencia y antes del dictado de la misma, o mejor, antes que se lleve a cabo la votación del fallo, como bien indica Mantecón Ramos⁴⁷. Para ello, cuenta el tribunal con el plazo de ocho días, que, por ser impropio, puede ser extendido, sin que ello implique una fractura de la celeridad que el dictado de la sentencia requiere, en un plazo razonable.

Sobre la crítica a las pruebas para mejor proveer, en el orden doctrinal, no se abunda en esta ocasión. De acuerdo con Picó I Junoy, en juicio propio, la prueba de oficio no resulta incompatible con la iniciativa probatoria de las partes⁴⁸, sino que conviven armónicamente, ya que lo verdaderamente arbitrario sería el monopolio exclusivo del juez sobre la actividad probatoria. Tampoco constituyen óbice los intereses privados de las partes en el resultado del proceso, pues nada impide que el juez vele por la realización de tales intereses y, al mismo tiempo, por la justicia. Por supuesto, la prueba de oficio no rompe con la carga de la prueba, institución que cobra sentido al momento de dictar sentencia y, por tanto, el juez puede, en momento anterior, ordenar la práctica de las pruebas que considere necesarias para arribar a un fallo justo. Por último, no es cierto que la prueba de oficio conculque la imparcialidad del juzgador, ya que con ello

⁴⁷ MANTECÓN RAMOS, Ariel. *Cien problemas...*, ob. cit., p. 144.

⁴⁸ PICÓ I JUNOY, Joan (2007). *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su recepción actual*, Ed. J. M^a Bosch editor, Barcelona, pp. 104-117.

no adelanta su fallo, no prejuzga, sino que encuentra la solución efectiva ante la duda razonable que le produce la ineficiente labor de probanza desplegada por las partes. Claro está, el juez debe, en todo momento, velar por la estricta configuración del contradictorio y el mantenimiento de la igualdad procesal, pues otra cosa redundaría en perjuicio de los querellantes.

V. El modelo de juez civil cubano del futuro y sus potestades en materia de prueba

La Constitución de la República de Cuba de 2019, al regular las garantías relativas a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, obliga -no solo por contener un mandato expreso al respecto- a una reforma integral del proceso civil cubano, que ahora debe mirar a la oralidad como principio guía del procedimiento y, a su tenor, debe ser estructurado en las sucesivas audiencias preliminar, probatoria y conclusiva o de cierre; al tiempo que debe contener en su parte general los principios procesales que sirven de sostén a todos los tipos procesales y las herramientas -de parte y del tribunal- útiles a todos ellos, como son las medidas cautelares, la prueba, los medios de impugnación y la ejecución de sentencias.

El anteproyecto de Código de Procesos que debe debatirse y aprobarse a finales de 2020 en el parlamento cubano, contiene por primera vez un catálogo de principios que irradian a todos los tipos procesales, que van desde el acceso a la justicia y el derecho a la defensa, pasando por el respeto de los valores constitucionales y la observancia de las garantías procesales por el tribunal, hasta los relativos a algunos tipos procesales en concreto, como los que cobijan los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad o los relativos a la familia y los derechos laborales.

Por supuesto, esta inminente reforma de los procesos no penales en Cuba requiere un nuevo tipo de juez que, si bien respeta la legalidad y encuentra en la Constitución y las leyes su

fuente primaria de actuación, no permanezca pasivo en la dirección formal y material del proceso. Por supuesto, si el nuevo Código se monta en los cánones del proceso civil moderno, el juez debe implementarlo a través de su papel activo, acompañante de los derechos e intereses legítimos de las partes, pero sobre todo de la justicia en el caso concreto.

En materia de prueba se revelan varias cuestiones relevantes, que se aprecian desde la misma regulación de los principios procesales que rigen el anteproyecto de ley. En primer lugar, el art. 6 establece que, sin perjuicio de las atribuciones reservadas a las partes, los tribunales mantienen una posición activa en los procesos, con el propósito de lograr una plena certeza sobre lo que se litiga. Por tanto, la actividad pasiva del juzgador contradice la esencia misma de la efectividad de la tutela judicial reclamada y del debido proceso, y siendo el legislador consciente de ello, una actividad contraria puede colocar en indefensión a los justiciables.

Pero nótese que no establece este principio a la búsqueda de la verdad como objetivo de la actividad jurisdiccional, sino el logro de certeza respecto a lo litigado, que, aunque le cataloga de plena y le imprime con ello cierto matiz subjetivo, conoce el legislador que la verdad material resulta de difícil verificación en el campo de los procesos dispositivos. Respecto a la valoración de las pruebas, rompe este cuerpo legal con el criterio mixto todavía vigente, otorgándole plena libertad al juez en su apreciación, pero ajustado a los criterios de la racionalidad y de la lógica, de conformidad con lo establecido en el art. 13, que encuentra expresión en un poder concreto contenido en el apartado segundo del art. 60, incluido en el capítulo correspondiente a las facultades y potestades del tribunal.

Se mantiene, prácticamente con la misma redacción, el contenido de los actuales arts. 42 y 45 de la LPCALE, ahora en los arts. 59 y 61 del anteproyecto, relativos a la citación de las partes para interrogarles sobre los hechos y la inspección de libros o cosas que tribute a su esclarecimiento, y la posibilidad

de introducir nuevos elementos relacionados a los pedimentos de parte, requeridos de alegaciones y prueba.

Pero lo verdaderamente novedoso en materia de poderes probatorios del juez se ordena en el art. 292, contenido en las disposiciones generales de la prueba y que establece la prueba de oficio, a practicarse por el tribunal en cualquier estado del proceso, siempre que las considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos. De esta regulación se desprenden cuatro cuestiones esenciales: la primera, su alcance general, ya que incluye a todos los medios de prueba regulados en la ley y rige para todos los procesos y niveles de conocimiento; la segunda, que no existe límite temporal para su práctica, pues su objeto es arribar a certeza sobre los hechos, y ello debe ocurrir siempre que el tribunal albergue dudas sobre los mismos; la tercera, el legislador comprende la iniciativa probatoria del tribunal dentro de la actividad de esclarecimiento de los hechos, acorde con la doctrina contemporánea; y por último, que excluye la necesidad de diligencias finales o para mejor proveer, en virtud de su amplitud temporal. La regulación propuesta indica que el diseño procesal está basado en la oralidad, por lo que el tribunal puede ejercitar este poder desde la misma audiencia preliminar, debido a que los medios de prueba han sido propuestos en los escritos polémicos, de ahí que puedan ventilarse en el acto oral que inicia los debates judiciales.

En otro orden de cosas, resulta verdaderamente revolucionario la inclusión, en el art. 302, apartados primero y segundo, que el tribunal de oficio o a petición de parte, puede atribuir la carga de la prueba de determinado hecho a la parte que se encuentre en una posición más favorable para demostrarlo, cuando sea notoria su cercanía o relación directa con las evidencias que permiten su verificación. Regulación que se corresponde con las doctrinalmente denominadas cargas probatorias dinámicas.

Por tanto, ya existen las bases legales del nuevo proceso y su modelo de juez, acorde con las máximas constitucionales de

rigor. Resta su aprobación parlamentaria y sobre todo impregnar el nuevo espíritu en los jueces que dirigen la vida procesal del país, quienes tienen inoculado el modelo procesal vigente. Cambiar la mente de los jueces es, entonces, el reto mayor.

VI. A guisa de cierre

Los poderes del juez en el proceso civil cubano, aunque responden a una dinámica procesal incongruente con lo que se considera el moderno proceso civil, posibilitan la actuación del tribunal en su camino hacia la justicia. No obstante, ello no se verifica en la práctica, a pesar de los enconados esfuerzos del CGTSP, lo que refuerza el criterio de que la base ideológica que subyace al modelo procesal, y el diseño mismo, están divorciadas.

En materia probatoria, aunque no son pocas las oportunidades del juzgador para, de oficio, acercarse a la verdad, son las pruebas para mejor proveer las que mejor se ajustan a su iniciativa probatoria, ya que lo hacen con carácter general. El resto de sus posibilidades se concretan en cierta intervención al momento de la práctica de los específicos medios de prueba regulados en la ley y las que tienen por cometido el esclarecimiento de los hechos, pero que no implican la ordenación oficiosa de la prueba.

El anteproyecto de Código de Procesos, de aprobarse, cambiaría sustancialmente este panorama, al regular con amplitud -objetiva y temporal- la prueba de oficio, lo que convierte al juez cubano del futuro en potencial garante de la tutela judicial efectiva. Queda entonces el anhelo de una impartición de justicia eficaz y transparente, que ahora casi se puede tocar con las manos.

Breve esbozo de la evolución histórica de las garantías de los derechos fundamentales en Cuba

Brief outline of the historical evolution of the guarantees of fundamental rights in Cuba

Carlos Alberto Alejo Martínez¹
Universidad de La Habana, Cuba

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 520-547

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e525>

Recibido: 01/03/2021

Aprobado: 15/05/2021

Resumen: El presente trabajo versa sobre las garantías de los derechos fundamentales frente al poder sancionador del Estado en el ordenamiento jurídico cubano, realizando un breve esbozo sobre su evolución histórica, con especial atención a lo preceptuado en este sentido en el orden constitucional, desde la etapa colonial hasta el momento de ruptura que constituye la consagración constitucional del debido proceso como garantía de los derechos fundamentales en la Constitución cubana de 2019, así como de las falencias que presenta en este sentido el proceso penal cubano y la necesidad de cambios legislativos a fin de que concuerden con el nuevo texto constitucional de acuerdo a los principios de legalidad, supremacía constitucional y jerarquía normativa a fin de lograr un modelo garantista frente al *ius puniendi* estatal.

Palabras clave: derechos, garantías, proceso, Constitución, legalidad.

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (2017). Juez del Tribunal Provincial Popular de la Habana (2017-2019). Consultor Jurídico TRANS-CONSUL S.A. krlsalejo17@gmail.com (<https://orcid.org/0000-0001-8516-1580>).

Abstract: The present paper is about the guarantees of fundamental rights against the sanctioning power of the State in the Cuban legal system, making a brief outline of its historical evolution with special attention to what is prescribed in this sense in the constitutional order, from the colonial stage to the present of rupture that constitutes the constitutional consecration of Due Process as a guarantee of fundamental rights in the Cuban Constitution of 2019, as well as of the shortcomings that the Cuban criminal process presents in this regard and the need for legislative changes in order to be consistent with the new Constitutional text in accordance with the principles of legality, constitutional supremacy and normative hierarchy, in order to achieve a guarantee model against the *ius puniendi* of the State

Keywords: rights, guarantee, Constitution, process, legality.

I. A modo de Introducción

La nueva Constitución cubana de 2019 marca un antes y un después en cuanto a la regulación de las garantías de los derechos fundamentales frente el *ius puniendi* estatal; este magno texto consagra, a diferencia de su predecesora, el Debido Proceso como garantía al individuo, lo que irradia a todo el ordenamiento jurídico teniendo en consideración los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa.

Puesto que el catálogo de garantías que incluye la nueva constitucionalización del Debido Proceso en Cuba debe implementarse mediante las normas jurídicas de inferior jerarquía, se impone la necesidad de la modificación de las Leyes de Procedimiento Penal, el Código Penal y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, entre otras; normas que se encuentran atemperadas con la derogada Constitución de 1976 y que en varios aspectos entran en contradicción con los postulados constitucionales y las garantías a los derechos fundamentales del individuo consagrados en el nuevo texto constitucional de 2019.

Cabe preguntarnos ahora, frente a la necesidad de modificar todo nuestro ordenamiento jurídico para que se ajuste a los nuevos postulados constitucionales, cómo llegamos a este momento y cómo han evolucionado las garantías de los derechos fundamentales frente al *ius puniendi* estatal desde la etapa colonial hasta el punto de inflexión en que se encuentra hoy nuestro Derecho.

Es por lo anterior que consideramos imprescindible conocer nuestros orígenes, quizás por aquel axioma de que quién no conoce la historia está condenado a repetirla.

II. Algunos conceptos necesarios

A nivel mundial no existe cuestionamiento alguno sobre el sitio cimero que ocupan estos derechos, así como la trascendencia de su tutela y respeto por parte de los Estados en aras de la plena realización del ser humano en la sociedad moderna. La doctrina dedicada al estudio de los derechos fundamentales es prolífica en definiciones y no desprovista de disquisiciones teóricas a la hora de conceptualizarlos y fundamentarlos.²

Una de las definiciones de derechos fundamentales brindada por la doctrina europea contemporánea es la vertida por Ferrajoli, según este profesor italiano, *son aquellos derechos universales y, por ello indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos*³. La citada definición, de marcado tinte normativista permite introducir el debate sobre la relación intrínseca existente entre Derechos Humanos y derechos

² Ver: NOGUEIRA, Humberto (2003). *Teoría dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.; FIORAVANTI, Maurizio (2003). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Trotta. Madrid y FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid.

³ FERRAJOLI, Luigi, Garantías. (Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Aula Virtual Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Mar del Plata. En: (<http://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli>)

fundamentales, pues aunque comparten las características de universalidad, indisponibilidad e inalienabilidad, introduce además el papel de las normas jurídicas, del Derecho, en el reconocimiento o no de estos, lo que los distingue de los denominados Derechos Humanos.

Por otra parte, en la mentada concepción, Ferrajoli hace referencia al papel del estatus jurídico del ciudadano. Dicho estatus, en su relación con un Estado en concreto, se rige por criterios como ciudadanía, nacionalidad y residencia, del cual se hace depender el reconocimiento por este de determinados derechos fundamentales al individuo. Vale decir que esta concepción rompe con el paradigma de que un derecho de esta naturaleza puede ser reclamado aún y cuando no se encuentre positivado, negando al ciudadano esta posibilidad y por tanto dejándolo desprotegido frente al poder.

En contraposición con este criterio de que son las normas jurídicas las que definen que un derecho sea considerado como fundamental o no, encontramos en la doctrina nacional lo expuesto por Prieto Valdés, quien considera (...) no es el Derecho el que determina que uno u otro derecho sea fundamental, sino que su consideración como tal es resultado del nivel de desarrollo y reconocimiento que hace cada sociedad en correspondencia con aspiraciones y reclamos; aunque tampoco podemos negar la importancia y utilidad del Derecho, a fin de hacerlos efectivos y permitir su defensa frente a terceros⁴.

Otra definición que la doctrina internacional nos ofrece sobre derechos fundamentales es la de Peces Barba, que los define como aquella (...) facultad que la norma atribuye, de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como

⁴ PRIETO, Martha (2013). "Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: en defensa de los derechos", en *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, Vol. 3, nro. 2, 2013. en: <http://www.revistaccuba.cu/index.php/acc/article/view/167/136>

persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.⁵

Este concepto de derechos fundamentales nos introduce al deber que posee el Estado no solo de reconocer y respetar estos al individuo, sino que además debe crear los mecanismos necesarios para que cualquier ciudadano pueda lograr el pleno ejercicio de los mismos, así como reclamar y lograr una satisfacción una vez que aquellos sean lesionados, tanto por la actuación del propio aparato de poder estatal como por actos realizados por una persona natural o jurídica. Así entonces, emergen los mecanismos de protección de los derechos, los que deben permitir al individuo exigir y lograr la paralización de la vulneración a estos, así como la indemnización respectiva y concordante con los efectos del daño causado. Es por ello que a cada derecho que el Estado formule jurídicamente debe corresponderle una garantía consagrada por una norma jurídica.

Por ejemplo, al derecho a la vida le corresponde una garantía normativa que prohíbe matar o lesionar, junto a la determinación de las consecuencias jurídicas por la actuación lesiva y la exigencia de responsabilidad, mientras que a los derechos sociales les corresponden obligaciones de prestación por parte de la Administración Pública y a la vez el derecho a reclamarlos y defenderlos en caso de amenaza, disminución o vulneración.

El término (...) garantía deriva de la idea fundamental de confianza que debe presidir todas las relaciones jurídicas, su finalidad no es otra que la de suministrar: seguridad, protección o defensa (...),⁶ entiéndase en este caso atemperado este concepto a las garantías de los derechos fundamentales del individuo.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio (1995). *Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III. Madrid, p. 1.

⁶ CUTIÉ, Daniela (1999) *El Sistema de Garantías de los Derechos Humanos en Cuba*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctora en Ciencias jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

Respecto a las garantías también existen diversas posturas y clasificaciones⁷, las que vale analizar en cuanto contribuyen a lograr la efectiva realización de un derecho que se encuentra consagrado en las normas y que además ha sido resultado del mandato democrático de la sociedad que conmina al Estado a la plena satisfacción de los derechos fundamentales de los individuos. Pero también entre las garantías está la obligación de protección, de perseguir y castigar mediante su *ius puniendi* a aquellas personas jurídicas o naturales que con su actuación vulneran derechos fundamentales de otros.

Gran importancia reviste en este ámbito las garantías sustantivas y procesales frente al Derecho Penal, que permiten la salvaguarda de los derechos en las situaciones que la relación persona-*ius puniendi* estatal acarrea. Como sentenciara Roxin (...) con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado.⁸ Es este entonces el papel reservado al conjunto de principios, derechos y garantías que conforman al Debido Proceso, el que debe servir de escudo al individuo frente a la aplicación del poder estatal.

Si la función de las garantías es tributar al aseguramiento y defensa de los derechos de la persona incluso durante el proceso, su falta o lesión conlleva a un desequilibrio entre los sujetos de la relación. Así entonces, un sistema de justicia garantista de los derechos consagrados en la normativa constitucional debe prever aquellos medios que, además de permitir la cabal protección de los derechos, tribute a la legitimación de sus propias decisiones y del Estado al que representa, siendo esta la forma de respetar y asegurar los postulados de la norma suprema y fundacional de todo el Sistema de Derecho.

⁷ Ver: FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.

⁸ ROXIN (2008), *Derecho Procesal Penal*, 25.^a ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 3.

Partiremos de la idea de que se puede asumir que son derechos fundamentales, en tanto como herramienta de análisis para esta investigación: aquellos derechos que son explícitamente reconocidos y garantizados en un determinado ordenamiento jurídico a la persona, por lo regular en la Constitución, obligando al Estado a su protección, siendo condicionado este reconocimiento por el momento histórico y las situaciones concretas de la sociedad, teniendo en cuenta criterios como la nacionalidad y la ciudadanía para el reconocimiento y protección de algunos de estos derechos.

Es válido entonces definir que la tutela jurídica de los derechos es indispensable como garantía primaria de los mismos en cuanto a su ejercicio, dado que su inclusión en la norma de rango constitucional no solo sirve para reconocerlos al ciudadano, sino que obliga a su respeto por parte del Poder del aparato estatal en su actuación. La tutela jurídica constituye, además, una primera garantía de los derechos en cuanto permite al individuo, sobre esta base reclamar ante cualquier violación que sufra en cuanto a ellos.

La labor de llegar a una definición de garantía, por otra parte, es harto difícil dado las diversas corrientes y opiniones vertidas en la doctrina; sin embargo, existe un aspecto en el que todos coinciden: a pesar de que ambas categorías -derechos y garantías- guardan una intrínseca relación, no pueden confundirse.

Las garantías de los derechos fundamentales son, sin ánimo de ser absolutos, aquellas vías, mecanismos, técnicas o instituciones que tutelan los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente y que permiten su plena protección y realización por parte del individuo, brindándole escudo y reparación ante una vulneración proveniente tanto por parte del Estado como de otras personas naturales o jurídicas; no restringiéndose a la vía judicial; siendo esta sin duda la más importante y efectiva puesto que, es en sede procesal penal que la tutela mediante garantías de los derechos fundamentales

debe ser más férrea dado el peligro a que se exponen los citados derechos frente a la aplicación del *ius punindi* estatal.

III. Breve reseña histórica de las garantías de los derechos fundamentales en Cuba. De la Colonia al Socialismo

Las garantías de los derechos fundamentales llegan a Cuba desde España como toda institución de Derecho, dado que no es posible hablar ni de Estado ni de Derecho antes de la colonización española de la Isla.

Por medio de la Constitución de Cádiz⁹ llegan las garantías del ciudadano al proceso penal; por primera vez se hace referencia al derecho a ser juzgado por un juez natural (art. 247), se elimina la secretividad en las actuaciones posteriores a la investigación (art.302), se prohíbe la tortura durante la investigación (art.303), entre otras, aunque se instituye que en circunstancias extraordinarias las garantías podrán ser suspendidas por un tiempo determinado (art.308). Pero su corto período de vigencia trajo consigo que tanto los derechos que reconocía como los mecanismos mediante los cuales se garantizaban no se llevaran a la práctica, siendo en realidad inexistentes. No obstante su formulación sirvió de guía al pensamiento posterior tanto en Cuba como en las demás colonias españolas de América que ya comenzaban a luchar por su independencia, reclamando además de su soberanía, el reconocimiento de derechos como los otorgados por las Cortes de Cádiz

No es hasta el 1ro de enero de 1889, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882, hecha extensiva a Cuba mediante el Real Decreto de 19 de octubre de 1888, junto al Código Penal de 1870 más otras importantes normativas, que se marca el paso del imperio del Derecho feudal al Derecho burgués en Cuba, instituyéndose de paso, algunas garantías en el proceso penal.

⁹ Ver: MATILLA CORREA, Andry y MASSO, Marcos(coordinadores) (2012). *De Cádiz (1812) a La Habana (2012)*. Ediciones ONBC, La Habana.

A juicio de Rivero¹⁰ este cuerpo legal (Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882), constituyó un paradigma de proceso para su época, siendo expresión de una mixtura entre las ideas del liberalismo y la costumbre de enjuiciar a los delincuentes mediante un modelo inquisitivo. Entre sus principales notas distintivas de carácter garantista se encuentran la separación de las funciones de instrucción, acusación y juzgamiento, encontrándose la primera etapa o del sumario, permeada de caracteres del sistema inquisitorial y la segunda o del juicio oral, con características dominantes del sistema acusatorio como son la publicidad, la contradicción y la libre valoración de la prueba por parte del Juez.¹¹ Por tanto puede considerarse que esta nueva normativa adjetiva constituye un punto de inflexión en las garantías del individuo frente a *ius puniendi* del Estado en el proceso.

Puesto que desde 1868 y hasta 1898 en Cuba se sucedieron tres guerras por la independencia del país, existieron tres textos constitucionales adoptados por la República de Cuba en armas para regular la vida en las zonas liberadas del yugo colonial español.

Es menester destacar la primera Carta Magna cubana contentiva de garantías en el orden penal, la Constitución de la República en Armas de 1897, conocida comúnmente como Constitución de La Yaya, última de las constituciones mambisas y la primera en poseer una parte expresamente destinada a la tutela de los derechos individuales y a las garantías que debían acompañarlos para su aseguramiento¹².

Dichas garantías fueron recepcionadas por la posterior Ley Penal de Cuba en Armas de 1898 que consagró principios como

¹⁰ RIVERO, Danilo (2012). *Ley de Procedimiento Penal, Disposiciones del CGTSP (Comentarios)*. p. XXVII. Ediciones ONBC.

¹¹ *Ibidem.*, pp. XXVIII.

¹² Artículo 4.- Nadie podrá ser detenido, procesado ni sufrir condena, sino en virtud de hechos penados en Leyes anteriores a su comisión y en la forma que las mismas determinen.

Artículo 5.- Ninguna Autoridad podrá detener ni abrir correspondencia oficial o privada, salvo con las formalidades que las Leyes establezcan y por causa de delito

nullum crimen et nulla poena sine previa lege peonale así como el efecto irretroactivo de las Leyes Penales.¹³

Lo anterior es muestra del profundo interés que despertaban en los legisladores mambises los ideales liberales burgueses en tanto eran expresión garantista frente al poder punitivo del Estado. No era solo la independencia de Cuba el propósito de los mambises, sino también la creación de una República que garantizara mediante sus normas los derechos de sus ciudadanos.

Resulta interesante como se pretendía garantizar estos derechos en un Estado que desde su nacimiento se encontraba en guerra y que no poseía un territorio fijo ni un aparato burocrático con una sede estable, lo cual hacía aún más difícil la consecución de estos objetivos dada las duras condiciones que la situación que la guerra constante imponía. Es cierto además que la mayoría de los derechos expuestos en las constituciones mambisas se encuentran desprovistos de garantías, pero no podría haber sido de otra manera, vale recordar las condiciones bélicas afrontadas por la República de Cuba en Armas durante la vigencia de estos textos.

A inicios de la ocupación norteamericana de Cuba, rigió en la ciudad de Santiago de Cuba la denominada Constitución provisional¹⁴ o de Leonard Wood, promulgada mediante un orden militar de este general norteamericano el 20 de octubre 1898. A pesar de su efímera vigencia es de destacar el cúmulo de garantías que implantaba en el orden del proceso, como son la gratuidad de la justicia, el derecho a la defensa material y técnica, se implanta el principio de *non bis in ídem*, entre otras garantías como la acción de Habeas Corpus. Recuérdese que este texto provisional solo regía para los territorios ocupados

¹³ Ver: FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*. Capítulo IV. Universidad de la Habana.

¹⁴ Constitución provisional de Santiago de Cuba o de Leonardo Wood de 1898 en: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx>

por el ejército norteamericano antes de la firma del Tratado de París, situados en torno a la ciudad de Santiago de Cuba.

Como parte de la influencia ejercida por el Gobierno de ocupación norteamericano durante el período que abarca la firma del Tratado de París en 1898 y el nacimiento de la República en Armas el 20 de mayo de 1902, en sede de las garantías de los derechos fundamentales se experimentó una reforma, vale decir que beneficiosa.

En ese período encontramos las modificaciones introducidas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante órdenes militares que influyeron, cabe decir que beneficiosamente, en las garantías de los derechos: una referida al recurso de casación (Orden No.92 de 1899), otra que abolió casi por completo el secreto sumarial (Orden No. 109 de 1899) y la que estableció el Hábeas Corpus, la Orden No.427 de 1900. Todas estas constituyeron mejoras a la posición del acusado durante el proceso penal, en especial el Hábeas Corpus, institución que a pesar de poseer una raíz romana nos llega proveniente del Derecho anglosajón y la que consideramos eminentemente garantista de los derechos individuales, en especial de la vida y la libertad del individuo.

Luego del establecimiento de la República con la declaración de independencia el 20 de mayo de 1902 la tutela de las garantías de los derechos fundamentales evolucionó tal y como se expondrá a continuación.

La Constitución de 1901¹⁵, tan tristemente célebre para todos los cubanos dado que da nacimiento a una República con su libertad cercenada por la Enmienda Platt, es considerada como una de las últimas constituciones liberales del mundo. Según

¹⁵ Para más información sobre la Constitución de 1901 ver: UGARTE, Ángel (1918). Comentarios a la Constitución Cubana. Compañía Biográfica, La Habana, P. 28 en <https://ufdc.ufl.edu/AA00061317/00001/33x>; LAZCANO y MAZÓN, Andrés (1952). Historia y Textos de las Constituciones de la República de Cuba. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid; BAHAMONDE RODRÍGUEZ Santiago (2019). "El Constitucionalismo Cubano. Retrospectiva Histórica a Siglo y Medio", en www.seapcuba.cult.cu/wp-content/uploads/2019/06/

Hernández Corujo¹⁶ esta fue una Constitución de corte individualista de acuerdo con los principios de la filosofía política del siglo XIX y (...) situó una serie de derechos que garantizaba (...), a través de tres secciones: una sobre derechos individuales, otra relativa al derecho de sufragio y otra sobre suspensión de las garantías constitucionales.¹⁷

En materia de garantías de los derechos individuales, con influencia de Europa y de los Estados Unidos, incluyendo las ideas liberales de que eran portadores los antiguos mambises, se consagra la igualdad de los cubanos ante la Ley, no reconociéndose fueros ni privilegios personales (art.11) y se reconoce la irretroactividad relativa de la Ley penal en pos del beneficio del acusado (art.12). De la misma manera, se prohíbe por esta Constitución la detención del individuo sino en los casos y en la forma que prescribe la Ley (art.15), se prohíbe además que los detenidos sufran más de 24 horas de prisión sin ser entregados al juez o tribunal competente (art.16), de igual forma se establece un plazo de 72 horas para dejar sin efecto o elevar a prisión al detenido puesto a disposición del juez o tribunal competente (art.17).

En virtud de este texto, es solo a competencia de los órganos judiciales la capacidad de aplicar la prisión provisional (art. 18), se establecen principios como el de juez natural y el *nullum crimen et nulla poena sine previa lege peonale* (art. 19), se prescribe que el incumplimiento de estas formalidades conllevará la libertad del detenido, estableciéndose aunque no con este *nomen iuris* la posibilidad del ejercicio del Hábeas Corpus (art.20) y se proscribe la obligatoriedad de la declaración contra sí mismo, su cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 21).

El texto analizado consagró una garantía para los derechos en ella contentivos según lo establecido en artículo 37, la que

¹⁶ HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique (1960). *Historia Constitucional de Cuba*. Tomo II. Compañía Editora de Libros y Folletos. La Habana.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 28

se conoce como de contenido esencial, exponiendo qué serán nulas las Leyes que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución contenga si las citadas normas los restringen, disminuyen o adulteren. Es contentivo este artículo, aunque no expresamente, de otra garantía de los derechos individuales, la reserva de Ley. Esta garantía consistía en que solo las normas con rango de Ley como producción normativa del Poder Legislativo podían modificar los derechos consagrados constitucionalmente, así como sus garantías. Con esto se buscaba que el ejecutivo no pudiera restringir o modificar el contenido de los derechos, libertades y garantías consagradas constitucionalmente.

Es factible entonces afirmar, mediante el análisis de estos artículos que los constituyentes de 1901 veían con especial interés la necesidad imperiosa de poner coto al *ius puniendi* del Estado que creaban mediante la redacción de esta Carta Magna, esbozando, con las limitaciones que el propio momento histórico imponía, garantías a las libertades individuales que las ideas liberales defendidas por ellos reconocían, configurando reglas de actuación cercanas al concepto de Debido Proceso, que junto las garantías presentes en los artículos 22 y 23 referentes a la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio respectivamente, protegían los derechos que la propia Constitución reconocía a los ciudadanos de la naciente República.

Como no podía faltar en una constitución de corte liberal, el texto de 1901, que entraría en vigor al año siguiente, era contentivo de garantías dedicadas a la protección de la propiedad y de su libre ejercicio, de los que en particular interesa para el tema abordado, el artículo 33, en el que se prohíbe la confiscación de bienes como pena, lo cual suponía una garantía para este derecho.

Las regulaciones emanadas de la Constitución de 1901, anteriormente expuestas, sientan las bases, a pesar de no reconocerlo expresamente, de la concepción del Debido Proceso en nuestra República, dado que introducen con rango constitucional muchos de los elementos esenciales de esta institución.

Durante los últimos estertores de esta Constitución, las garantías en ella incluidas, así como todo su contenido fue violentado durante la dictadura de Gerardo Machado, por lo que sobrevinieron una serie de normas que no aportaron en cuanto a las garantías de los derechos fundamentales.¹⁸

No fue hasta la promulgación de la Constitución de 1940 que se realiza un avance significativo tanto en la tutela de los derechos fundamentales como en el establecimiento de garantías, como consecuencia de la lucha mundial contra el fascismo y luego de la Revolución del 30 que derrocó al tirano Machado, período durante el cual las garantías a los derechos fundamentales fueron obviadas en innumerables ocasiones. En consonancia, ciertamente, con los desmanes que sufrió el pueblo durante la dictadura de los años anteriores, así como la influencia de los sectores más progresistas de la sociedad cubana de la época en la redacción del texto constitucional de 1940, la configuración de las garantías constitucionales de los derechos individuales en relación con el proceso penal es indiscutiblemente la más detallada y amplia que ha conocido texto constitucional cubano hasta nuestros días.

Su artículo 20 refrenda la igualdad ante la Ley, así también el artículo 21 estableció la irretroactividad relativa de la Ley penal excluyendo del beneficio de la retroacción de la Ley más benévola a los funcionarios o empleados públicos que delinquen en el ejercicio de su cargo y a los responsables de delitos electorales y contra los derechos individuales, imponiéndose a estos la norma vigente al momento de delinquir; lo que en relación con esta investigación constituye un importante antecedente. El artículo 26 por su parte consagró el principio de presunción de inocencia, el cual además estableció que la norma adjetiva penal debía establecer las garantías necesarias para que todo delito

¹⁸ Para un mayor acercamiento y análisis de estas normas ver: HERNÁNDEZ, Enrique, ob. cit.; VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel (2009). *Historia Constitucional y poder político en Cuba*. Editorial Ácana, Camagüey; MULET MARTÍNEZ, Fabricio (2014). "El desarrollo constitucional en Cuba durante los años 1933-1939". *Revista Cubana de Derecho IV Época*, número 43, enero-julio de 2014. Editorial UNIJURIS, La Habana.

fuere probado con independencia de la declaración emitida por el acusado. He aquí una garantía esencial, la no incriminación, junto al impedimento consecuente para el juez de fallar con esta simple declaración.

También este artículo configuró toda una serie de garantías para los detenidos como la publicidad del registro de detenidos y presos, la prohibición de la incomunicación de estos e incluso configura diversos supuestos de responsabilidad penal para los encargados de la custodia de estos individuos con el fin de evitar la tortura y las ejecuciones sumarias ocurridas durante la anterior dictadura.

Igualmente, el artículo 27 impone el límite de 24 horas para la detención antes de ser el detenido puesto a disposición del órgano judicial competente o en libertad, así como el término de 72 horas para que el propio órgano judicial dictara prisión preventiva como medida cautelar o libertad. Sobre la prisión preventiva se ordena que se cumpla separada de los ya sancionados, no estando expuestos los detenidos ni a trabajos ni al reglamento de los sancionados.

De suma importancia constituye la consagración en el artículo 28 del principio de juez natural y el de *nullum crimen et nulla poena sine previa lege peonale*. Además, este prescribe la no obligatoriedad de declaración contra sí mismo o contra su cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y la prohibición de dictar sentencia contra el acusado rebelde, ni contra el que no ha podido ser oído durante el proceso.

Importante garantía jurisdiccional lo fue la acción de Habeas Corpus configurada por el artículo 28 de la Constitución de 1940 de modo que nada impidiera su ejecución. El citado precepto también se pronuncia en cuanto que la declaración obtenida mediante coacción o violencia que quedaba prohibida y por tanto era declarada nula.

Asimismo, la inviolabilidad del secreto de correspondencia y de los demás documentos privados es protegido por el artículo

32 constitucional, el cual solo admite su violación cuando mediara un auto fundado del juez competente, esta garantía se hace extensiva a las comunicaciones telegráficas, telefónicas y cablegráficas. Por su parte la garantía de inviolabilidad del domicilio es configurada por el artículo 34.

Existen otras garantías en el texto de 1940 de tipo normativo o abstracto, y que también tributan a las garantías de los derechos fundamentales y al contenido del Debido Proceso, tal es el caso de la recogida en el artículo 40 de dicho texto donde se establece el carácter ilegible de los derechos, en referencia a los posibles ataques desde el ejecutivo, en cuanto a su restricción o modificación, muestra de la experiencia de la joven República en cuanto a los desmanes del dictador Machado. No se aprecia en dicho precepto la reserva de ley clásica de los derechos, ya que expone que los derechos podrán ser desarrollados, no restringidos, repito, por actos normativos, no estableciendo a la Ley como único mecanismo para este propósito.

Aunque pudiera calificarse de cuasi perfecta la configuración de las garantías constitucionales establecidas por la Constitución del 40 en todos los ámbitos, la situación del país, así como la poca voluntad política en el orden legislativo de desarrollar los postulados en ella contenidos, llevó a que muchas de las conquistas plasmadas en esta Carta Magna sufrieran una casi nula aplicación.

Sin lugar a dudas, la violación de las garantías constitucionales de la Constitución de 1940 fue absoluta durante el imperio de los Estatutos Constitucionales impuestos por el gobierno golpista encabezado por Fulgencio Batista desde 1952; por solo citar dos ejemplos tenemos las violaciones cometidas durante el proceso llevado contra los asaltantes al Moncada, denunciados magistralmente por Fidel Castro en *La Historia me Absolverá* y las ejecuciones sin previo juicio perpetradas por la tiranía hasta su derrocamiento. Valga recordar que los que se rebelaron en armas contra el régimen se encontraban amparados por el

derecho de la legítima resistencia que la vejada Constitución del 40 consagraba en su artículo 40, garantía denominada como extrajurídica¹⁹.

A raíz del triunfo revolucionario en enero de 1959, el 7 de febrero entra en vigor, la Ley Fundamental de 1959, con el fin de suplir la carencia de una Constitución, dado que los ilegales Estatutos Constitucionales de Batista eran inoperantes en el nuevo contexto histórico.

La Ley Fundamental de 1959 restauró la Constitución de 1940, con aquellas modificaciones necesarias para su adaptación al nuevo contexto y programa socioeconómico y político que se avecinaba con el triunfo revolucionario. El Título IV mantiene la denominación de Derechos Fundamentales, bajo el principio de progresividad reconocido por las Constituciones de 1901 y 1940; dedicando la sección primera a los derechos individuales o civiles y políticos.

Entre las modificaciones más importantes que se le realizaron mediante esta Ley a la Constitución de 1940, se encuentra la contenida en el artículo 21, en cuanto a la retroactividad de las leyes penales, donde se establece la aplicabilidad de la ley penal, tomando como base su especial promulgación, a los incursores en delitos cometidos en servicio de la tiranía con el objetivo de que el brazo de la justicia revolucionara alcanzara a todos aquellos esbirros y asesinos al servicio del gobierno de facto recién derrocado, no dejando impunes los crímenes cometidos durante la dictadura. El artículo 24 que prohibía la confiscación de bienes, se modifica autorizándola para los bienes del tirano depuesto, los bienes de sus colaboradores y los que pertenezcan a autores de delitos contra la economía nacional o que supongan un enriquecimiento ilícito en consonancia con lo antes expuesto para proveer de un marco legal que legitimara la actuación de la justicia revolucionaria.

¹⁹ INFIESTA, R. (1950). *Derecho Constitucional*. Imprenta P. Fernández y Cía, La Habana, pp. 281-288.

La institución de Habeas Corpus se mantuvo diseñada de igual forma que en su predecesora del 40, refrendándola en su artículo 29. Vale recalcar que, por disposición de la Ley del Gobierno Revolucionario de 30 de enero de 1959, esta garantía se mantuvo suspendida por un período de 90 días respecto a las personas sometidas a la jurisdicción de los recién creados Tribunales Revolucionarios, encargados de juzgar los crímenes de la depuesta dictadura. Se incluyen además en la citada Ley fundamental las garantías normativas de los derechos fundamentales referentes al derecho de resistencia y al carácter ilegislable de los derechos en cuanto a su restricción o eliminación.

En materia penal, en Cuba luego del triunfo revolucionario de 1959 se mantuvo con algunas modificaciones la ya añeja Ley de Enjuiciamiento Criminal española que había tenido un período de vigencia de 85 años. Esta normativa fue derogada por la Ley de Procedimiento Penal de 1973, la que supuso algunos avances y también algunos retrocesos en cuanto a la configuración del Proceso Penal y que inciden directamente en las garantías de los derechos fundamentales. A juicio de Rivero García²⁰ uno de los cambios fundamentales introducidos por la nueva norma fue la supresión de la figura del Juez de instrucción; repartiéndose entre la Policía, el Fiscal y el Tribunal sus antiguas funciones; además de reducen los términos y los plazos, creándose también un procedimiento sumarísimo, el cual solo podría utilizarse de forma excepcional. Uno de los cambios que incidieron en las garantías del acusado durante el proceso es la sustitución del auto de procesamiento que se dictaba ante la existencia de indicios de delito y que convertía al acusado en parte del proceso con los consiguientes derechos y garantías que se derivan de esta condición, por el denominado auto de aseguramiento, que no trae aparejado el establecimiento del acusado como parte y por tanto cercenaba el derecho a la defensa del imputado.

²⁰ RIVERO GARCÍA, Danilo (2012). *Estudios sobre el Proceso Penal*. Ediciones ONBC. La Habana, pp. 6-7

Uno de los avances de la LPP de 1973 en comparación a su predecesora, según el citado autor, es que a la luz de la nueva normativa todas las sentencias eran recurribles, pues los recursos venían cercenando en la LECrim en cuanto esta los negaba para los fallos de la denominada justicia correccional. También se simplificó el recurso de casación, eliminándose una serie de formalidades, pero permaneció solamente dedicado a la impugnación de sentencias en cuanto a errores en el procedimiento o la aplicación del Derecho. La nueva normativa, además, reformuló la revisión como un procedimiento y no como un recurso como su predecesora, atemperándola a casos que realmente pudieran darse en la práctica. Uno de los principales cambios introducidos fue en la función del Fiscal que pasa de ser mero acusador al encargado de la defensa y vigilancia del irrestricto cumplimiento de la legalidad socialista, ampliándose sus facultades y atribuciones²¹, lo que a la postre incidió en el desbalance entre las partes en el Proceso Penal que aún hoy perdura en nuestro país.

Luego de este somero panorama que se ha expuesto sobre la evolución histórica de las garantías de los derechos fundamentales en relación con el poder punitivo estatal en la normativa patria debemos analizar la configuración que presentan a día de hoy.

IV. De la Constitución Socialista de 1976 al presente

Luego de 17 años de provisionalidad revolucionaria nació en 1976 la primera Constitución de carácter socialista de América. Dicha Constitución luego de tres modificaciones (1978, 1992 y 2002) rigió nuestros destinos como nación durante un período de vigencia de más de 40 años. Texto revolucionario y adelantado a su época consagró las principales conquistas sociales del pueblo cubano, por demás dichoso del disfrute de muchos

²¹ Ídem.

derechos inexistentes para los demás habitantes de América Latina, sumergida en un período oscuro marcado por dictaduras militares.

En el artículo 41 se hace referencia al principio de igualdad ante la Ley, aunque no de forma expresa sino aplicando una interpretación extensiva de la norma cuando esta establece que todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y deberes.

El artículo 56 consagra la inviolabilidad del domicilio salvo los casos previstos en Ley, así como el artículo 57 establece la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, entiéndase tanto las telefónicas, cablegráficas, telegráficas y convencionales (correspondencia), en lo que a priori es una frugal transcripción de lo previsto en la Constitución del 40, y que no estable los límites a la intervención por parte de las autoridades de los medios de comunicación, ya sea en proceso investigativo o no, quedando el enunciado con un carácter programático, desarrollándose la regulación de los procedimientos en la norma adjetiva penal que se analizará posteriormente.

En consonancia con lo antes descrito, vale decir que la regulación constitucional de este tema, merecía perfeccionamiento dado el avance experimentado por las telecomunicaciones y el uso de internet en la actualidad, pues la obtención de pruebas por estas vías incide directamente en la vulneración del Debido Proceso. Una parca regulación sobre este contenido dejó abierta brechas en el derecho a la privacidad del individuo y por tanto a la utilización de estas comunicaciones en su contra como pruebas durante un proceso penal; normalmente la violación de este tipo de comunicaciones por parte del aparato estatal encargado de la investigación delictiva queda a juicio de una autoridad jurisdiccional, única capacitada para autorizar este tipo de procedimientos, tema que se abordará posteriormente y que funciona de distinta forma en nuestro país.

Las garantías correspondientes a la libertad y a la integridad en cuanto a la detención se encuentran en el artículo 58 constitucional, previstas para todos los que residen en el territorio

nacional. Nótese que en este caso no se circunscribe la garantía solo a los ciudadanos, pues en el texto se toma el criterio de la residencia; ahora bien, en nuestro país existe una gran cantidad de personas que nos visitan en concepto de turistas, los cuales, ciñéndonos a lo anteriormente expresado quedan fuera de la tutela de esta garantía, pues tampoco quedarían protegidos por el artículo 34 del texto que equipara en una serie de preceptos a los extranjeros residentes en el país con los cubanos. Del Habeas Corpus y su exclusión de la Constitución de 1976 se ha dicho que:

(...) Mirada especial requiere el habeas corpus, por cuanto no tiene tutela constitucional como resultado de posturas idealistas acerca de la actuación del ser humano, sea funcionario o autoridad competente, y si la merece, incluso su reformulación de manera que se potencie, con un papel rector de la intervención judicial.²²

El artículo 59 es contenido de una serie de principios que pertenecen al contenido esencial del Debido Proceso pero que distan mucho de configurarlo, entre estos principios encontramos el derecho al juez natural ya que consagra que solo se podrá ser encausado o condenado por tribunal competente, tomando en cuenta normas cuya vigencia sea previa al delito y que siempre deben mediar las formalidades y las garantías que las propias normas establecen para estos casos. Se consagró por demás, en este artículo, el derecho a la defensa del acusado, no estableciéndose taxativamente la distinción necesaria entre defensa material y defensa técnica, y se proscribió la obtención de cualquier declaración cuando haya sido aplicada violencia o coacción sobre el declarante, estableciendo el carácter de nula para dicha declaración, así como responsables a los perpetradores de la violencia o coacción.

²² PRIETO, Martha (2016). "Las garantías de los derechos fundamentales y la Constitución de 1976", en MATILLA CORREA, Andry (coordinador) *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*. Editorial UNIJURIS. La Habana, p. 185.

Contrariamente a como se consagra hoy en la mayoría de los textos constitucionales en América Latina, el texto cubano de 1976 instituyó la confiscatoriedad de bienes en su artículo 60, sin exigir expresamente que debe ser resultado de decisión judicial, al plantear que solo procederá la confiscación de bienes cuando esta derive de una sanción emitida por la autoridad competente y en la forma y los casos que la norma contemple.

Otra garantía es la contenida en el artículo 61; el principio de irretroactividad relativa de la norma penal, universalmente reconocido y que establece la irretroactividad de la norma penal, salvo en los casos que sea beneficiosa para el reo.

El sistema de tribunales en cuanto a las garantías de los derechos fundamentales, no existiendo en nuestro panorama la jurisdicción constitucional, ha quedado competente solo para la observancia de la legalidad, por lo que las garantías han quedado reducidas a las denominadas como generales o medios procesales ordinarios, a través de los cuales se protegen los derechos del individuo según la estructuración que la norma brinde a cada tipo procesal, el Civil, el Penal, el Administrativo, etc.

La recepción en Cuba de los instrumentos jurídicos internacionales en este tema puede palparse en la firma y ratificación de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que entró en vigor en 1987²³; una muestra de la acogida de dicho instrumento es la ausencia de este tipo de sanciones en nuestra normativa penal.

La Ley No.5 aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal vigente hasta nuestros días, modificada por los Decretos Leyes No. 87 de 1985, No. 128 de 1991, No. 151 de 1994, y No. 208 del año 2000, entre otras; es la normativa adjetiva penal que rige en nuestro país y es en sus artículos donde descansan la

²³ Ver: Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes <http://libraryresources.unog.ch/torture>

mayoría de las garantías de los derechos fundamentales durante el proceso de esta naturaleza.

Se ha dicho que aún y cuando existen algunas diferencias entre este cuerpo legal y su antecesor de 1973 son en esencia casi iguales en su estructura y contenido, diferenciándose en cuanto a la atemperación de la nueva normativa a la organización de los Tribunales Populares derivada del fin de la provisionalidad, en algunas modificaciones en cuanto al aseguramiento del acusado y a la redefinición de la competencia de los Tribunales Militares.

En su artículo 1 se consagran una serie de principios que deberían haber sido consagrados constitucionalmente y que funcionan como garantías de los derechos, este es el caso de la presunción de inocencia, consagrándose además que solo podrá imponerse sanción o medida de seguridad de acuerdo a las normas que esta Ley consagra y en virtud de resolución dictada por tribunal competente, principios del Derecho Penal que se abordarán en el siguiente epígrafe como contenido del Debido Proceso.

En cuanto a la actividad probatoria el citado artículo instituye que todo delito deberá ser probado, con independencia del testimonio del acusado su cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cuya sola declaración, no exime de la obligación de práctica de pruebas para la comprobación de los hechos. Aquí observamos la introducción del principio de no autoincriminación que, como anteriormente hicimos referencia en el análisis de la Constitución de 1940, pasó de poseer tutela constitucional a ser refrendado en una norma de menor jerarquía con todas las consabidas consecuencias que acarrea.

La institución de recursos de apelación en el artículo 58 de la citada norma en cuanto a las sentencias de los Tribunales Municipales Populares, los autos de los Tribunales Provinciales Populares que deniegan o rechazan de plano las solicitudes de Habeas Corpus, las sentencias que impongan pena de

muerte y las sentencias dictadas en juicios celebrados por el procedimiento abreviado, constituyen garantías en cuanto permiten el juzgamiento en doble instancia para el primer y cuarto supuesto y para el segundo y tercer supuesto garantizan la integridad física, la libertad y la vida.

El establecimiento de los recursos de casación en los casos de infracción de ley o quebrantamiento de forma, previstos en el artículo 68 de la LPP, también podrían considerarse garantías a los derechos cuando se ha sancionado sin respetar el principio de legalidad, pero a los sancionados en primera instancia en los Tribunales Provinciales Populares no se les brinda la garantía del juzgamiento en doble instancia pues de no concurrir los supuestos previstos por la casación, no procederá recurso sobre la pena ante instancia superior.

El artículo 109 de la LPP, consagra la obligación del fiscal en la fase preparatoria del juicio oral, como responsable de la legalidad socialista, y que deben respetarse durante el proceso de investigación e instrucción, todos los derechos de la persona, así como que durante esta fase es obligatorio el apego de la autoridad a las normas que regulan estos procedimientos. Otra de las garantías, en este caso tutelando la libertad individual, se encuentra presente en nuestra LPP en su artículo 241, derivada del artículo 58 de la Constitución vigente referente a la detención y aseguramiento, cuando se expresa que nadie puede ser detenido sino en los casos y con las formalidades que la Ley exige. Esta garantía se encuentra desarrollada en los artículos que le preceden configurándose una serie de términos que en nada benefician al individuo el cual puede pasar 7 días detenido sin que medie ninguna acusación sobre él.

De lo anteriormente expuesto se deriva una primera falencia en cuanto a las garantías de los derechos fundamentales que posee nuestra Ley de Procedimiento Penal (LPP), en especial relacionada con el derecho a la defensa: el abogado entra al sumario solo después de que se ha aplicado una medida cautelar al acusado, período que puede llegar a ser de hasta siete

días después de realizada la detención (...) o en caso contrario, queda reservada su presencia para la fase que sigue a la calificación, una vez concluida toda la etapa preparatoria y admitido el expediente por el tribunal para el juicio oral, lo cual implica que el imputado estuvo ausente de participar en el procedimiento investigativo seguido en su contra y solo entra en la fase judicial previa al juicio oral.²⁴ Es decir, el acusado solo adquiere la condición de parte en el Proceso Penal una vez se le aplica medida cautelar, lo que le cercena sus derechos y garantías durante una parte esencial de la fase preparatoria del Juicio Oral, negándose la asistencia letrada incluso durante el período que puede estar detenido bajo interrogatorio por parte de la Instrucción.

Otro de los principales problemas que posee el Proceso Penal cubano en cuanto a las garantías de los derechos fundamentales es durante la actividad probatoria. Es común que la búsqueda de pruebas que sustente la acusación se realice durante la denominada etapa inicial o fase preparatoria del Proceso Penal, donde solo participan las autoridades policiales, entendiéndose policía o instructor, controlados en su actuación por la Fiscalía. Nótese que no media en nuestro modelo la actuación de un ente imparcial como fue el Juez de Instrucción en la LECrim.

Un ejemplo claro de cómo se vulneraron las garantías que recogía nuestra propia Constitución de 1976 por normas de inferior jerarquía lo constituyó la configuración de la actividad probatoria en cuanto a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (artículos 55 y 57 de la Constitución de 1976). De la disposición que la LPP hace de la práctica de pruebas de registro en domicilio privado, en sus artículos 218 al 222, se denota que puede decretarse tanto por el Instructor o por el

²⁴ MENDOZA, Juan. Notas para..., en MEDINA, Arnel (coordinador). El Derecho Penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Ediciones ONBC. 2014, pp. 192-193

Fiscal, solo con el requisito de que exista algún indicio delictivo, lo cual en la práctica puede ser una simple denuncia, no sometiéndose a una autoridad neutral como puede ser un miembro de los órganos encargados de impartir justicia el cuál decida sobre la procedencia de este tipo de operaciones. Caso idéntico ocurre con el registro de libros y documentos y la apertura y retención de correspondencia, donde igualmente su pertinencia se hace depender de la frase *indicios suficientes* (artículo 228 de la LPP) y la autoridad que puede disponer incluso la remisión de copias por parte de cualquier operador de comunicaciones es el Instructor o en casos extraordinarios la Policía.

La LPP, dejó en manos de la Fiscalía la adopción de la medida cautelar, con una revisión judicial inmediata. A partir de 1994 a raíz del Decreto Ley. 151 de 10 de junio, modificativo de la citada norma adjetiva, las medidas cautelares pasaron a ser competencia policial y de la instrucción, exceptuando solo la prisión provisional que queda a partir de este momento en manos del fiscal²⁵. De esta manera se desterró de Cuba todo control judicial sobre el aseguramiento del imputado, lo que consideramos una flagrante violación a los derechos fundamentales en sede del proceso penal. Se cercena el derecho a la defensa en este caso dado que no media ningún procedimiento oral y contradictorio en la imposición de medida cautelar, en el cual se acredite por las partes, la existencia o no, en el caso concreto, de los presupuestos reconocidos en la norma que fundamenten la detención preventiva.²⁶

Otra de las principales falencias garantistas presentes en nuestra LPP es la comúnmente conocida fórmula del artículo 350. A juicio de Rivero García²⁷ la raíz histórica de esta institución se encuentra en el artículo 733 de la LECrim de 1882

²⁵ Ver: MENDOZA, Juan. Notas para una reforma del derecho a la defensa en el proceso penal cubano, en: MEDINA, Arnel (coordinador), ob.cit.

²⁶ Ídem, p. 193

²⁷ Rivero, Danilo, ob. cit., p. 151

cuyo fundamento fue y se mantiene siendo (...) impedir que la justicia quede en manos de las partes acusadoras, que no han sabido o no han querido calificar en los términos debidos.²⁸

En resumidas cuentas, la configuración de la llamada fórmula en el artículo 350 de la LPP, a nuestra consideración, rompe con la imparcialidad del tribunal, una de las principales garantías de los derechos fundamentales del individuo durante el proceso. Principio este, de imparcialidad, que es presupuesto indispensable de cualquier concepción de Debido Proceso, como analizaremos posteriormente.

Siguiendo a Mendoza Díaz²⁹, otro de los desatinos del proceso penal cubano radica en cuanto al derecho a la defensa, pues en la fase de ejecución de la sentencia el abogado no participa, por lo que el sancionado queda en manos de las autoridades y normas carcelarias, solo bajo el control de la Fiscalía, encargada de velar por el cumplimiento de la legalidad en dichos establecimientos.

Como se ha podido observar de este parcial análisis de LPP cubana, la situación de las garantías de los derechos fundamentales como coto al *ius puniendi* estatal es más que precaria y necesitada de una reforma que la adecue a los principios integradores del Debido Proceso.

V. A modo de conclusión. La Constitución de 2019 y la necesidad de modificación del ordenamiento jurídico

La Constitución de 2019, fue llevada a referéndum el 24 de febrero de 2019, coincidiendo con la fecha de reinicio de las guerras por la independencia nacional y fue aprobada con el 86,85% de los votos; entrando en vigor a partir del 10 de abril del propio año, cuando se cumplían 150 años de la proclamación de la Constitución de Guáimaro, primera Carta Magna cubana.

²⁸ *Ibidem.*, p. 152

²⁹ MENDOZA, Juan, Notas para..., ob. cit., p. 196

Esta nueva norma fundamental contiene un catálogo mayor de garantías frente al *ius puniendi* estatal que su predecesora y agrega al Debido Proceso como garantía constitucional de los derechos fundamentales; por tanto, es imprescindible la modificación de las normas de inferior jerarquía a fin de implantar realmente un Debido Proceso en sede penal en Cuba y que los postulados constitucionales actuales no sufran el destino de aquellos consagrados en 1940 que quedaron en letra muerta.

Lo cierto es que a pesar de que la nueva Constitución lleva más de un año vigente, el proceso penal cubano sigue pecando de las falencias garantistas que poseyó bajo el imperio de la Constitución de 1976 lo que impone un desafío y un mandato al órgano legislativo cubano, la Asamblea Nacional del Poder Popular de atemperar las normas de adjetivas a lo establecido en la Ley Fundamental del Estado, pues cada proceso penal que se sustancia bajo el imperio de las leyes vigentes, violenta los principios del Derecho: legalidad, supremacía constitucional y jerarquía normativa, al no haberse desarrollado los postulados constitucionales y no haberse aplicado la Constitución como norma directa.

Aunque reconocemos que el Cronograma Legislativo de la Asamblea Nacional del Poder Popular ha sufrido de atrasos justificados debido a la pandemia de Covid-19, es hartamente necesaria la protección de los derechos fundamentales imponiéndose la necesidad, hoy más que nunca de modificar nuestro ordenamiento jurídico hacia un modelo garantista de los derechos fundamentales frente al *ius puniendi* estatal, tal y como mandata nuestra nueva Carta Magna.

La responsabilidad patrimonial del Estado. Panorama de su régimen jurídico en Cuba

*The Public Liability of the State. Review of its
regulation in Cuba*

*Amed Ramírez Sánchez*¹

Universidad de La Habana, Cuba

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 548-601

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e526>

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 15/09/2021

Resumen: La responsabilidad patrimonial resulta una institución que reafirma la calidad del Estado de Derecho. Al calor de la nueva Constitución de la República de 2019, el impacto de la regulación de la responsabilidad patrimonial precisa reflexionar sobre los aspectos esenciales de su tracto histórico, desarrollo constitucional y configuración de su régimen jurídico. A tales efectos, el artículo se propone valorar, al calor de proceso constitucional, el impacto de su regulación sobre el régimen jurídico actual. Las valoraciones que se realizan de la responsabilidad patrimonial en sus diversas esferas de despliegue, permiten concluir acerca de los aspectos esenciales sobre los cuales deben producirse cambios legislativos de modo que se regule y aplique adecuadamente,

¹ Profesor Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, (Cuba). Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de Oriente, Cuba, 2013). Máster en Derecho Constitucional (Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (CEPC), España, 2015). Miembro de Número la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo (SCDC-yAd) y de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal (SCDP) de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Email: amed@lex.uh.cu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2119-4273>).

conforme a su finalidad como garantía patrimonial de los ciudadanos antes los daños sufridos por el ejercicio del poder público.

Palabras claves: Estado, responsabilidad, derechos, garantías, reparación

Abstract: The Public Liability reaffirms the quality of the rule of law. In the sense of the new Constitution, the impact of the regulation of public liability requires reflecting on the essential aspects of its historical tract, constitutional development and configuration of its legal regime. To this visions, the article proposes to assess, in the heat of the constitutional process, the impact of its regulation on the current legal regime. The assessments that are made of the public liability in its various spheres of deployment, allow to conclude about the essential aspects on which legislative changes must be produced so that it is regulated and applied properly, according to its purpose as a patrimonial guarantee of citizens against the damages suffered by the exercise of public power.

Keywords: State, liability, rights, guarantees, reparation

I. Breves ideas introductorias

Ofrecer una visión nacional para una panorámica comparada en raras ocasiones coincide con la posibilidad de ofrecer las primeras impresiones sobre los principios configuradores del orden constitucional de un Estado. En el caso cubano, el cierre del proceso constituyente con la aprobación popular, el pasado 24 de febrero de 2019, de un nuevo texto constitucional ofrece una oportunidad única para reflexionar sobre un tema de medular importancia como es el de la responsabilidad patrimonial del Estado. Tema que ha generado amplios debates en todos los sectores, no sólo entre los profesionales del Derecho, por el rol garante en el sistema de derechos constitucionales que su configuración refuerza en el nuevo texto constitucional.

La nueva realidad constitucional nace con el reto de reducir la disfuncionalidad social que la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado ha generado en el contexto cubano. Pues, es cierto, que en el ámbito del profesional del Derecho

cubano – tanto en lo teórico como en lo práctico - la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado se ha revelado con un déficit en los procesos de interpretación y aplicación de sus elementos dogmáticos. Ello contrasta con las secuelas incidentales de daños generados a los particulares en un creciente contexto de reformas en el sector público, asociadas a la implementación de políticas públicas dirigidas al perfeccionamiento del modelo socioeconómico en Cuba.

Unos de los grandes retos de este nuevo ciclo constitucional, por ende, resultará situar la responsabilidad del poder público como un eje estructural en la configuración del Estado Socialista de Derecho consagrado en el artículo 1° de la Constitución de la República. Su práctica puede redundar en un índice objetivo de calidad democrática del Estado de Derecho, estándar que se potencia desde las propias esencias de nuestro sistema político.

En tal sentido, para el caso cubano, hoy cobran relevancia las palabras del profesor Delpiazzo: “la calidad democrática del Estado de Derecho “(...) depende, en buena medida, de la amplitud de la responsabilidad de sus autoridades y de la eficacia de los medios para hacerla valer en tiempo y forma. (...)”²

Las presentes valoraciones emulan con la lógica del Derecho Comparado que han asumido algunos estudios en la región, a cargo de los principales referentes sobre el tema y en Derecho Administrativo de cada país. Por ello, pretende insertar la visión cubana en el estándar de un debate que internacional sobre el tema, que se plantea la validez de conceptos como la responsabilidad objetiva.

II. Aspectos históricos de la responsabilidad del Estado Cuba

En la perspectiva de análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado se han establecido los patrones europeos de

² DELPIAZZO, Carlos E. (2015). “Despliegue del Principio de Responsabilidad en el Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista de Derecho Público*, año 24 - número 47 - julio 2015, Montevideo, p 30.

periodización de matriz francesa³, argumentando su desarrollo en tres⁴ o cuatro⁵ etapas, según los diversos criterios clasificatorios, aunque por tendencia se ha asumido el primer criterio. Sin embargo, a pesar de la utilidad metodológica de la periodización generalizada desde el contexto europeo, el desarrollo de la institución no puede entenderse como un fenómeno lineal, ni uniforme, ni reduccionista, pues en todos los contextos no se han manifestado ni todas las etapas, ni todos sus elementos.

El siglo XIX cubano, marcado por un gobierno de ultramar se encuentra marcado por un estado de irresponsabilidad total que comienza a quebrantarse en diversos órdenes. El punto de inicio del quiebre parte desde una responsabilidad política regulada con avances y retrocesos cíclicos en los principales ciclos del constitucionalismo español, con la definición de la responsabilidad de los ministros, gobernadores y otros funcionarios peninsulares; que incluso llega a concretarse en la definición del principio constitucional de responsabilidad de los magistrados en el ejercicio de la función judicial. A ello se unirá, a partir de la segunda década del siglo XIX diversas dimensiones de la actividad social donde comienzan a emerger el principio de responsabilidad. Así, Existen tres grandes ámbitos por los cuáles se van transitado a nivel legal. En primer lugar, desde el ámbito del Derecho Penal, los Códigos Penales de 1850 y 1870 establecían, a la vieja usanza francesa, el requisito

³ Cfr. TEISSIER, Georges (1906). *La responsabilité de la puissance publique*. Paul Dupont Éditeur, Paris, p 5 y ss

⁴ Con una marcada influencia del Derecho Francés en el contexto europeo y colombiano en el Derecho Latinoamericano Cfr. sobre todos DARCY, Gilles (1996). *La responsabilité de l'administration*. Dalloz, Paris, pp. 16-26; PAILLET, Michel (2003). *La responsabilité administrative*. Universidad Externado, Bogotá, pp. 43 y ss. BRAIBANT, Guy y BERNARD, Stirm (2005). *Le droit administratif français*, 7^e Ed. revue et mise à jour, Presses de Sciences po et Dalloz, Paris; RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo (2011). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá Temis, pp. 535-538

⁵ Cfr. ARAUJO-JUÁREZ (2014). "El Derecho de la Responsabilidad Pública o del Estado. Antecedentes, Principios Generales y Consolidación, en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, et. al. (Coords.), *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, T I, Express, México, pp. 25-50;

de autorización previa como requisito de procedibilidad para dirigir acciones ante la justicia a funcionarios de la colonia. Se imponía la perspectiva de una acción individual ante el funcionario, desligando su contenido de la relación especial.

Desde las Leyes Civiles, en una segunda perspectiva, se encontró un necesario sustento a los daños generados por la actividad del Estado y de la Administración Pública en concreto. El Código Civil de 1889 y su regulación de los artículos 1902 y 1903.4, introdujo la concepción del Estado como un sujeto más de Derecho Privado, dirigiendo su imputación en bajo la égida de la teoría del agente especial. Como complemento de esta normativa, la ordenación jurídica hipotecaria, notarial y registral regulaban supuestos muy determinados de imputación de daños; aunque reconducidos desde la perspectiva indirecta y subjetiva.⁶

En el orden de la actividad administrativa, existen varias modalidades de la acción administrativa en las cuáles se podían fundar supuestos de responsabilidad de la administración. Así en materia de función pública, organización territorial (Ley Municipal Española de octubre de 1877, promulgada en Cuba, con algunas modificaciones por Real Decreto de 21 de junio de 1878)⁷, las normativas reguladoras de servicios públicos (correos y ferrocarriles), dominio público y servidumbres administrativas. En este aspecto destacan, aunque muy esporádicos, algunos casos como el que llevó al Tribunal Supremo Español a pronunciarse en el año 1858 si los propietarios de los caminos de hierro debían indemnizar a los propietarios de plantaciones de caña.⁸

⁶ BETANCOURT, Ángel C. (1924). *Código Civil*, Tercera Edición Autorizada y corregida por el autor. Imprenta y Papelería Rambla y Bouza, La Habana, p 463 y ss.

⁷ Cfr. DE BLAS, Andrés (1877). *Constitución. Leyes Municipal y Provincia novísimas de 2 de octubre de 1877. Anotadas y Concordadas con las de 20 de agosto de 1870 y de diciembre de 1876 y disposiciones complementarias de la misma*. 3º Ed. Aumentada considerablemente e ilustrada con notas y con la doctrina de la Jurisprudencia administrativa, Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, p CXXX.

⁸ Cfr. CARBONELL Y PADILLA, Isidro (1858). "¿Los propietarios de los caminos de hierro deben indemnizar los perjuicios en los casos de incendios causados por el tránsito de sus

El siglo XX descubre a los cubanos con la Constitución de 1902, con una regulación apenas nítida que reposaba centralmente en la regulación del Código Civil, que regiría hasta el año 1987 en materia de responsabilidad del Estado⁹. Del debate constituyente se pueden extraer algunas conclusiones necesarias. En primer lugar, que la responsabilidad no encuentra un fundamento en concreto, aunque se pueden determinar algunos artículos claves en los cuáles se podría haber delimitado como la soberanía, las funciones de los órganos del Estado y la incipiente regulación de derechos. En segundo lugar, que el debate constituyente sobre dichos artículos no generó polémicas entre los diversos grupos políticos representados en la Constituyente de 1901, bien porque se asumía que no era un punto conflictivo, o bien porque no estaba pensado el texto constitucional en clave de responsabilidad general e integral del Estado.

El punto de quiebre más delimitado se encuentra en este ciclo constitucional, por medio de la labor legislativa de la Intervención Norteamericana y la promulgación de las Leyes Orgánicas de Municipios y Provincias, donde la responsabilidad figura como una garantía de la autonomía municipal, siguiendo las tendencias del quiebre iniciadas en Francia a finales del siglo XIX y emulando con la propia Ley Española de Municipios. El pensamiento municipalista concretado a la organización administrativa y territorial del Estado resultó un factor determinante en la concepción de una responsabilidad directa, aunque limitada a un ámbito territorial determinado, el municipio y la provincia. Esta sería la óptica de su constitucionalización por vez primera de forma concreta en la Constitución de 1940 en

locomotoras?", en *Revista de Jurisprudencia*, Año III, Tomo I, 1858, Imprenta El Tiempo, Habana, p. 169

⁹ Al respecto Cfr. GARCÍA MONTES, Oscar (1918). "El problema de la Responsabilidad Civil ante el Derecho Privado Contemporáneo. De la Necesidad de Introducir reformas en esta institución y cuál debe ser el sentido de las mismas", en Primer Congreso Jurídico Nacional. 27-30 de diciembre de 1916. Trabajos y Acuerdos. TII. Trabajos Presentados. Imp. y Pap. La Universal, La Habana.

el artículo 219 como garantía de la Autonomía Municipal¹⁰, en un periodo de creciente intervención del poder del Estado en las diversas situaciones jurídicas de los ciudadanos; aunque de muy poca realización práctica.¹¹ El reflejo de esta situación durante las primeras décadas no se hizo faltar en las voces de los principales cultores del Derecho Administrativo nacional.¹² Así mismo, el impacto social llegó al presidente del Tribunal Supremo en el año 1919 a definir como una necesidad urgente contar con un sistema de responsabilidad del Estado, emulando las experiencias de los países donde el sistema ya había sido demostrado en su funcionalidad (Francia, Alemania, Italia).¹³

La segunda mitad del siglo XX se descubre con dos obras de incalculable valor, en primer lugar, la de Fernando Álvarez Tabío, donde exponía una teoría sistematizada de la revocación de los actos administrativos y sus efectos indemnizatorios¹⁴. En segundo lugar, el primer monográfico de la Responsabilidad del Estado en Cuba a cargo de Brito y Mederos, quien constataba

¹⁰ SÁNCHEZ ROCA, Mariano (1941). *Legislación municipal de la República de Cuba. Ley Orgánica de los Municipios*. Editorial Lex, La Habana.

¹¹ Comisión Consultiva, "Carta de Envío del Proyecto de Ley Orgánica de los Municipios Redactado por la Comisión Consultiva". en Oficina del Historiador de la Ciudad, *Cuadernos de Historia Habanera N 65. El Cincuentenario de la Ley Orgánica de los Municipios. 1908-1958.*, La Habana, 1958, pp.28-29

¹² GOVÍN Y TORRES, Antonio (1903). *Elementos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Imprenta, Avisador Comercial, La Habana, p 102 y s.s.; LANCIS Y SÁNCHEZ, Antonio, y MARTÍNEZ SAENZ, Joaquín (1922). *Ensayos de Derecho Administrativo*, Tomo I. Imprenta de Papelería Rambla, Bouza y Cía., La Habana, p. 71; 165 y ss; NÚÑEZ NÚÑEZ, Eduardo R. (1920). *Tratado de Derecho Administrativo. Con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad de la Habana, Dr. Enrique Hernández Cartaya, Décimo Tercera Edición, Tomo I, Imprenta Casa Girón, La Habana, Cuba, p 25; 45 y ss.* HERNÁNDEZ CARTAYA, Henrique (1928). "La reforma del Derecho Público Cubano. Discurso pronunciado en la Apertura de las Academias de la Facultad de Derecho, el día 26 de octubre de 1918, en Evolución de la Cultura Cubana (1608-1927)" Vol XI, Tomo V., Montalvo y Cárdenas Imp., La Habana, p 69.

¹³ Cfr. DEL CUETO, José Antolín (1917). Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 1º de septiembre de, Tribunal Supremo, La Habana: Librería Imprenta La Moderna Poesía, p. 5

¹⁴ ÁLVAREZ TABÍO, Fernando (1954). *El proceso contencioso administrativo*, Librería Martí, La Habana, p. 465 y ss.

prácticamente el estado de irresponsabilidad generados por los “(...) actos de intervencionismos, que si bien pueden ser calificados los comisionados de “agentes especiales”, triste es la conclusión final a que quedan reducidas las entidades o empresas intervenidas, sin ninguna posibilidad de verse indemnizadas por los daños que esos agentes producen por una actividad dolosa, culpable o, cuando menos, negligente.¹⁵

La etapa republicana de 1902-1958 denotó la necesidad de un sistema de responsabilidad pleno, que superara el primer paso constitucional de una imputación directa subjetiva enmarcada solamente a la actividad local del Estado para la actividad formal de la Administración Pública y su complemento de la regulación del Código civil para supuestos de actividad material de agentes y funcionario en modo indirecto y subjetivo. La transición de cambio de sistema político en Cuba arrojó una serie de transformaciones en las bases socioeconómicas y políticas que impregnaron el desarrollo de la actividad administrativa y de la regulación en sí de las instituciones del Derecho Administrativo.

En el periodo de 1959-1976 pueden señalarse algunos supuestos concretos de indemnizaciones por daños producidos por la guerra y por excesos en los procesos de confiscación de bienes mal habidos. La principal disfuncionalidad de esta etapa es la confusión de la responsabilidad con otras instituciones *vgr.* las nacionalizaciones, la expropiación forzosa y la venta forzosa; que en esta época cobran una especial relevancia en el proceso de transformación económica y social.

El proceso Constituyente de 1976 marca en la regulación constitucional una nueva etapa en la regulación de la responsabilidad del Estado, con la previsión por vez primera de un principio constitucional de responsabilidad del Poder Público, de rango constitucional y de cobertura general, superando la esfera local de la Constitución de 1940. Fue previsto bajo la

¹⁵ BRITO Y MEDEROS, Lincon E. (1952). *El Estado y su Responsabilidad*, S/E., La Habana, p. 38.

configuración de un derecho complejo a reclamar y obtener la indemnización y reparación en la forma establecida por Ley. La formulación indicaba una responsabilidad subjetiva e indirecta, con base en el criterio originalista de uno de los primeros comentaristas de la Constitución de 1976 Fernando Álvarez Tabío, para quien *“era un desacierto que la Administración Pública tuviera que responder patrimonialmente por haber actuado conforme a Derecho”*¹⁶

La ley de desarrollo nunca tuvo concreciones normativas y las tensiones entre lo público y lo privado, como se dará cuenta en el desarrollo de estas líneas, conllevaron a la aplicación del Código Civil, en franca desconexión con la Ley de Proceso Civil, Administrativo y Laboral que reguló un proceso especial para la responsabilidad patrimonial.

De todo este panorama, los estados de indefensión de los ciudadanos, patentes en crecientes supuestos de intervención administrativa, no lograron encontrar la realización del poder de reacción que el constituyente de 1976 previó en la responsabilidad patrimonial, como mecanismo de garantía y seguridad jurídica, por la falta de una construcción teórica adecuada de sus elementos configuradores que inspirara los procesos de creación normativa.

Ello evidenció una situación totalmente insatisfactoria en la regulación del régimen jurídico donde, como bien sostiene Matilla Correa, *“(...) no hay una clara proyección sistémica (...) dándose interesantes colisiones entre diversos subsistemas del ordenamiento jurídico (...) y donde aparece latente la necesidad de su perfeccionamiento para ir hacia mayores niveles de coherencia y funcionalidad (...)”*¹⁷

¹⁶ Cfr. ÁLVAREZ TABÍO, Fernando (1988). *Comentarios a la Constitución Socialista*. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, p. 123.

¹⁷ MATILLA CORREA, Andry (2012). “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coordinador), *Derecho Administrativo Iberoamericano*, 2da edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p 494.

III. Principios Constitucionales que fundamentan la responsabilidad del Estado

A) La delimitación de un artículo como centro del sistema de responsabilidad del Estado

Al situar en contexto jurídico comparado el texto constitucional de 2019 con otros de nuestros mismos sistemas de Derecho y área geográfica, se aprecian algunas tendencias de la constitucionalización de la responsabilidad, en las cuales se inscribe. En primer lugar, en relación a las fuentes de su desarrollo, el texto constitucional se ubica en una tendencia que reconoce la regulación expresa de la institución, como principio, derecho o garantía, aunque ubicada en un estándar mínimo de reconocimiento de la responsabilidad directa y por falta de servicio; un tanto alejada del estándar contenido en los elementos contenidos en la Carta de México sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁸, y la aplicación del Canon de convencionalidad de los Derechos Humanos e materia reparatoria.¹⁹

La actual configuración constitucional vincula la definición de varios artículos que sirven de base al sistema de responsabilidad del poder público, y se complementan con otros elementos que la jurisprudencia comparada ha utilizado para fundamentar los fundamentos constitucionales en contextos de falta de regulación expresa. De tal forma, el elemento central del sistema radica en el artículo 98, el cual regula el derecho de las personas que sufrieren daño o perjuicio causado

¹⁸ Cfr. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado, aprobada en la Ciudad de México los días 13 y 14 de octubre de 2014.

¹⁹ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2014). "Régimen de Víctimas y Responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la Convencionalidad y la constitucionalidad", en Rodríguez Arana, Jaime, et. al. (Coords.), *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Express, México 2014 Tomo I, pp. 623-794; CABRAL, Pablo Octavio (2018). El proceso contencioso frente al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Derechos En Acción*, 6(6). <https://doi.org/10.24215/25251678e133>.

indebidamente por funcionarios o agentes del Estado, a reclamar y obtener la correspondiente indemnización en la forma, aunque establece la ley²⁰

Esta regulación, heredera del texto constitucional de 1976, no incorpora novedades en su contenido. La única variación que se aprecia radica en su ubicación fuera de los Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, y su formulación como derecho constitucional, transitando hasta su actual ubicación como una garantía procesal de los derechos constitucionales. Este cambio no es un aspecto menor. Si bien la idea de lograr una sistemática del texto constitucional en el hecho de concatenar las acciones procesales para la defensa de los derechos constitucionales aporta cierto viso de unidad, la formulación de la responsabilidad debió haber permanecido como un fundamento del Estado Socialista de Derechos, con independencia del reconocimiento de un sistema amplio de garantías jurisdiccionales. Esta configuración desmarca la tendencia regulatoria de nuestra constitución con la regulación de otros contextos, en los cuáles se mantiene bien como un principio configurador de la actuación del Estado, o bien como un derecho a la reparación integral por los daños provenientes de la actividad del poder público.

De hecho, su reconocimiento se atiende a una polémica surgida en el proceso de consulta con la formulación del artículo 94 del proyecto, regulado a la postre en el artículo 99, el cual viene a formular una garantía procesal de defensa de los derechos constitucional de forma *preferente, expedita y concentrado para su cumplimiento*. El panorama de desarrollo de la responsabilidad del Estado tendrá que sortear necesariamente el deslinde del contenido de los artículos 98 y 99 por parte de la previsión normativa prevista en una disposición transitoria de la Constitución.

²⁰ Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3, de 31 de enero de 2003, artículo 26.

Por ello, la coexistencia del artículo 98 y 99 precisa de un deslinde en las respectivas normas de desarrollo que individualicen la objetividad jurídica en la protección de cada artículo; la primera como un mecanismo ordinario, específico para las relaciones indemnizatorias generadas en el ejercicio del poder público (con la lamentable exclusión de privados y sujetos no estatales que desarrollen esta actividad) en tanto la segunda como un mecanismo específico, preferente, expedito y concentrado, que debe configurarse de modo subsidiario, con precedencia del primero y articulado con la norma de desarrollo de este.

Sin embargo, la diferenciación de los contenidos ambos artículos y la determinación de la naturaleza de los elementos configuradores de la institución si bien resultan definitorios, no resultan determinantes. La remisión normativa del artículo 98 se ubica en un contexto que precisará la integración de otros fundamentos constitucionales presentes en nuestro texto constitucional, y que caracterizan tendencias de su construcción jurisprudencial en contextos comparados. Sin dudas su regulación constitucional resulta un acierto del constituyente, del cual derivan dos mandatos: en primer lugar, al legislador democrático de concebir un sistema de responsabilidad en un régimen legal que logre articular todos estos fundamentos, así como al juez ordinario, y en especial, al juez administrativo, de realizar una labor “pretoriana” en pos de ir llenando de contenido los principios y valores previstos que se articulan como fundamento a la responsabilidad.

Por último, dentro de la estructura lógica de la norma se aprecian las consecuencias de las hipótesis sostenidas, en las cuáles, se reconocen en ambos casos un derecho complejo planteado en dos vertientes: el derecho a reclamar y el derecho a obtener la correspondiente reparación o indemnización. En primer término, el derecho a reclamar del artículo centro del sistema de responsabilidad (art 98) presenta una formulación amplia que brinda fundamento tanto a una reclamación en sede administrativa como a una acción procesal –en teoría ante la

jurisdicción contenciosa administrativa-. Al menos esta fue la interpretación originalista de los primeros comentaristas del texto constitucional precedente, los cuáles vieron en el artículo 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, el cauce idóneo para hacer cumplir el mandato del artículo 26;²¹ aunque en la práctica jurídica, la influencia de la aplicación del Código Civil generó una disfuncionalidad del proceso de exigencia de esta reclamación en la cual la postura del nuestro máximo órgano jurisprudencial por muchos años se limitó a constatar que la vía Civil no resultaba la definida para llevar ante la jurisdicción las cuestiones de responsabilidad patrimonial.

Desde una mirada más reciente, el análisis de las sentencias seleccionadas del Boletín del Tribunal Supremo, en un periodo de 15 años (2000-2015), se determina que han sido publicadas cinco sentencias en materia de responsabilidad. De ellas, en tres casos, el recurso de casación no entra al debate del asunto en cuestión por reconocer la falta de jurisdicción civil para el conocimiento de tales casos²² y en otros dos, a pesar de reconocerse la vía administrativa, el máximo órgano de igual modo no entra al debate sobre el fondo de la institución, pues los motivos de casación (error en la apreciación de la prueba y extemporaneidad del ejercicio de la acción) no son apreciados por el máximo órgano²³. A los efectos de este análisis, se puede caracterizar

²¹ Cfr. ÁLVAREZ TABÍO, Fernando (1988). *Comentarios a la Constitución Socialista*. Ed Pueblo y Educación, La Habana, p. 123

²² Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, Sentencia No. 221, de 31 de julio de 2009, *Falta de Jurisdicción*, Ponente: Marta Acosta Ricart, en Boletín del Tribunal Supremo Popular 2009; Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, Sentencia No. 1541, de 30 de noviembre de 2011, *Defecto en ejercicio de Jurisdicción*, juez ponente Isabel Arredondo Suárez, en Boletín del Tribunal Supremo Popular 2011; Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, Sentencia No. 147, de 31 de marzo de 2014, *Falta de Jurisdicción*, juez ponente Isabel Arredondo Suárez en Boletín del Tribunal Supremo Popular 2014.

²³ Cfr. Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, Sentencia No. 131, de 27 de febrero de 2004 Daños y Perjuicios, Boletín del Tribunal Supremo Popular 2004;

la determinación de la vía procesal como una problemática histórica, a la que Tribunal Supremo siempre ha tenido una línea interpretativa estándar, a pesar de las oscilaciones de los órganos de primera instancia. Sin embargo, el ejercicio de estas acciones procesales han sido víctimas de la desconexión entre el derecho reconocido en el art. 26 constitucional con relación al artículo 658 de la LPCALE, por la inexistencia del aludido procedimiento administrativo de exigencia, unido a la imposibilidad según el criterio interpretativo del Tribunal Supremo de la invocación directa del contenido constitucional ante la justicia administrativa; factores que acaban por fomentar la total disfunción actual del sistema de responsabilidad del Estado y en concreto de la Administración Pública.²⁴

Del otro lado, el artículo 99 se configura desde una perspectiva restrictiva, propia del mecanismo jurisdiccional que lo anima. En este caso, en búsqueda de una interpretación razonable para deslindar la objetividad normativa de ambos artículos, se podría argumentar que el artículo 98 establece la reclamación en vía administrativa y el artículo 99 como un fundamento general de acceso a la justicia administrativa. Sin embargo, resulta determinante la regulación del segundo párrafo del artículo 99, el cual viene a determinar la exigencia será por medio de un procedimiento – *debe entenderse proceso*– preferente, expedito y concentrado, tres calificativos que se desarticulan de la formalidad ordinaria del proceso administrativo.

Si bien las cuestiones vistas pueden plantear un amplio escenario de posibilidades procesales, el legislador democrático tendrá que tener en cuenta una adecuada ordenación de ambos

Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral Sentencia No.350, de 26 de noviembre de 2010, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración*, juez ponente Andrés R. Bolaños Gassó en Boletín del Tribunal Supremo Popular 2010.

²⁴ Cfr. RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed (2019). “Hacia un procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la actividad médica cubana”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 31, Chile, 2019, pp. 99-126. doi:10.5354/0718-4735.2019.55849.

mecanismos. El primero como una reclamación de dos vías, procedimental y procesal y la segunda como un proceso ante un órgano jurisdiccional determinado. Sin embargo, el primero deberá resultar precedente del primero, de lo contrario, existe un riesgo potencial de que se intente convertir en un nuevo recurso de casación, o que se produzca como un proceso en paralelo al proceso ordinario o procedimiento administrativo. En ambos casos, el colapso del Sistema de Justicia en supuestos de dilaciones indebidas se vislumbra como una posible consecuencia, vistas las experiencias de contextos comparados. Todo ello, aunque su fundamentación excede el propósito de estas líneas deberá sustentarse en el caso del artículo 99 con la fundamentación de los motivos que acrediten la vulneración del contenido constitucional de los derechos protegidos, un elemento que debe hacer de este mecanismo un recurso subsidiario, dándole al mecanismo del artículo 98 el rol de protector primario de la constitucionalidad al juez ordinario –administrativo en este caso- que precisa el propio mandato constitucional.

B) Los fundamentos complementarios del sistema de responsabilidad del Estado

En tal sentido, se puede sostener que existe un sistema de fundamentos constitucionales que apoyan la construcción central prevista en el artículo 98 y por remisión al artículo 99.

En primer lugar, ha de destacarse la propia configuración del frontispicio constitucional y a la formulación de la cláusula del Estado Socialista de Derechos y Justicia Social con todos y para el bien de todos. En misma concepción resaltan cuatro principios y valores que constituyen el fundamento teleológico de la responsabilidad del Estado. En primer lugar, y precedido desde su declaración de motivos, la dignidad humana²⁵

²⁵ Cfr. WERNER, Maihofer (1968). *Estado de Derecho y Dignidad Humana*, trad. pos. Vittorio Klosterman directamente de la versión alemana de 1968, B de Fltda, Montevideo, pp. 33-41; GUZMAN HERNÁNDEZ, Teodoro Yan (2015). “La dignidad como “Ley primera de nuestra República”

como fin (artículo 13 inciso d y g) y valor supremo del Estado²⁶. Así mismo reconoce a la libertad, la igualdad y la solidaridad como soportes de estas máximas axiológicas²⁷ que derivan en el pensamiento político y jurídico de nuestro héroe nacional de una república “con todos y para el bien de todos”.

Con todos y para el bien de todos es la esencia de la Constitución. Presupone la idea de la colectividad, el interés público, y, por tanto, la plena realización de los derechos. Significa el Gobierno de todos, actuando para todos. Por ende, el bien individual se superpone al bien colectivo, a partir de esas grandes cargas colectivas que el individuo debe de soportar para la realización de las grandes necesidades públicas, y de la mano de ello, un complejo de órganos actuando bajo un régimen propio y singular que garantice la defensa de los propios derechos y garantías reconocidas.

Desde esa perspectiva, tal y como sostiene Matilla Correa: “La Lex fundamentalis cubana nos apunta el carácter y proyección, en una perspectiva general, del funcionamiento administrativo y de las ideas que subyacen en su guía y determinación. De su articulado se extrae una visión global del alcance que tiene dicho funcionamiento y de la presencia de la Administración Pública en diversas relaciones jurídicas que se originan.”²⁸

y “Con todos y para el bien de todos”: Dos deberes dialécticos desde la axiología martiana en la Constitución cubana”. Revista Derecho del Estado n.º 34, enero-junio, 2015 pp. 127-151.

²⁶ Sobre el alcance de este fundamento constitucional desde una perspectiva general en sede jurisprudencial civil y administrativa Cfr. sobre todas. Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil y Administrativo, STS N° 1204 de fecha 31 de octubre de 2013, Considerando Segundo, Jueza Ponente Arredondo Suárez. Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil y Administrativo, STS N° 561 de fecha 31 de mayo de 2012, Considerando primero, Jueza Ponente Acosta Ricart.

²⁷ DEGUERGUE, Maryse (2009). “Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative » Extrait de Revue juridique de l’USEK, N° 10, pp. 321-338.

²⁸ MATILLA CORREA, Andry (2013). “Constitución y Administración Pública: Algunas ideas sobre las bases constitucionales del régimen jurídico administrativo cubano en Derecho, Economía y Sociedad en el Siglo XXI.”. II Simposio Germano-Cubano, Coords. WINFRIED, Huck y PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri. Hamburg, p.328.

A efectos de responsabilidad, el detrimento o vulneración de un derecho solo implica un deber ineludible de protección y pronto restablecimiento, que se canaliza con el resarcimiento integral de la situación jurídica del ciudadano, con obligaciones de especie o líquidas, pues resulta injusto que el detrimento individual sufrido como consecuencia del actuar en bien de todos sea experimentado por una individualidad. En la línea de pensamiento de León Duguit, con todos y para el bien de todos implica la socialización de los riesgos de la colectividad que afecten a la singularidad.

Un fundamento que incorpora el actual texto constitucional resulta la declaración de norma suprema (y por ende reafirmando su valor normativo). Con ello se supera un debate teórico anterior sobre la supremacía²⁹ y aplicabilidad directa de la Constitución³⁰, que influyó en la realización práctica del anterior artículo 26 constitucional ante la jurisdicción prevista en el artículo 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, a falta de la acuciada ley de desarrollo. La Supremacía constitucional, como garantía normativa abstracta de la constitución refuerza el mandato del derecho complejo configurado en el artículo 98; y se vincula de modo directo a la previsión del artículo 9 y 10 del texto constitucional que consagra el principio de legalidad. La legalidad desempeña un canon instrumental para comprobar la coherencia de la actuación del Estado con las normas del ordenamiento jurídico y medir su eficiencia, eficacia y posible responsabilidad ante su vulneración,

²⁹ Al respecto Cfr. sobre todos. PRIETO VALDEZ, Martha (2009). "El sistema de defensa constitucional cubano" en MATILLA CORREA, Andry (Comp.), *Estudios cubanos sobre Control de Constitucionalidad (1901-2008)*. Porrúa, México, pp. 473-482; PACHOT ZAMBRANA, Karel (2009). "El control de constitucionalidad en Cuba. Una propuesta para su perfeccionamiento", en MATILLA CORREA, Andry (Comp.) *ob. cit. ult.*, pp. 557-566.

³⁰ CUTIÉ MUSTELIER, Danelia (2016). "Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a cuarenta años de vigencia", en Matilla Correa, Andry, (Coords), La Habana: UNIJURIS, 2016, p. 156 y ss; PRIETO VALDÉS, Martha, Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y la Constitución Cubana de 1976. *Cuarenta años de Vigencia*, MATILLA CORREA, Andry, (Coords), *ob. cit. ult.*, p 170 y ss.

como resultado de una deficiente actividad³¹ Dicho panorama se fortalece con la regulación en artículo 8 con el rango de ley que se le otorga al mecanismo de recepción de tratados de los cuáles Cuba es parte signataria, una posibilidad que sin dudas abre un amplio espectro de ricas e interesantes posibilidades de diálogo en materia de Derechos Humanos desde los avanzados cánones convencionales de Derechos Humanos o principios de actuación del Estado. La disonancia más apreciable de cara a la responsabilidad del Estado en materia de formulación del principio de legalidad lo supone la individualización de los artículos 9 y 10 de órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, precedida de una formulación general del deber jurídico de respetar la legalidad; pues se excluyen aquellos sujetos que materialmente pueden desarrollar una función pública, al estilo del artículo 99, un aspecto este que debe de quedar en la mira del legislador. De tal forma, Constitucionalidad, Legalidad y Convencionalidad constituirán en esta nueva etapa constitucional un fundamento dialógico que debe articularse a otro núcleo de fundamentos, los criterios de organización del Estado, en aras de una adecuada imputación de los daños provenientes de los actos del poder público.

Desde la perspectiva de los principios constitucionales de organización y funcionamiento del Estado (artículo 101) no existe una proyección delimitada del principio de responsabilidad; aunque se puede determinar la configuración del nivel de imputación primario de la responsabilidad, con la atribución de las diversas funciones y competencias a los diversos órganos del Estado.

En tal sentido figura la regulación de la Asamblea Nacional del Poder Popular, como máximo órgano del Estado y detentor

³¹ Al respecto, cfr. sobre todos, MATILLA CORREA, Andry (2007). "Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano", en AA.VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. ANTÚNEZ-SÁNCHEZ, Alcides y RAMÍREZ-SÁNCHEZ, Amed (2017). "La Contraloría General de la República de Cuba", en *Revista Panorama Económico*, 2016, vol. 24, octubre 2016 – Septiembre, Cartagena, pp. 185-187.

de la función legislativa (creación, modificación y control)³² Como complemento, el Consejo de Estado³³ y el Presidente de la República³⁴ encuentran delimitadas funciones que se configuran tanto como actos de gobierno como actos legislativos propiamente; los cuáles pueden encuadrarse perfectamente bajo la égida de la responsabilidad bajo este fundamento constitucional.

A nivel de órganos del Estado subordinado a la Asamblea, el Consejo de Ministros resulta el máximo órgano ejecutivo y administrativo de la Administración central del Estado se reconoce como responsable (artículo 136) por las diversas funciones atribuidas desde el texto constitucional³⁵ de las cuales deriven responsabilidad tantos por sus actos de gobiernos como de sus actos administrativos. En ese orden se colocan sobre el diseño el Sistema de Tribunales³⁶, la Fiscalía General de la República³⁷ y la Contraloría General de la República³⁸, Consejo Electoral Nacional (artículo 211) el Consejo de Defensa Nacional (artículo 218), las Instituciones Armadas del Estado (artículo 220), así como la regulación de Situaciones excepcionales y de desastre (artículo 226) con formulaciones que se limitan a la atribución de funciones para un desarrollo normativo posterior donde se regulen sus principios de funcionamiento y organización

A nivel local la Constitución de 2019 trae una de las variaciones más significativas en relación a organización territorial del Estado, que impacta directamente sobre la configuración de la responsabilidad del poder público. El cambio en la relación

³² Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 108, incisos c), e), f), g), h) e i).

³³ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 122, incisos c), h), i) y j)

³⁴ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 128

³⁵ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 137

³⁶ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 147

³⁷ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 156

³⁸ Asamblea Nacional del Poder Popular, Constitución de la República de 2019, Artículo 170

entre Provincias y Municipios que debe generar la descentralización bajo le égida de la autonomía municipal traslada las competencias de organización de las actividades del Estado, y en concreto de las actividades administrativas hacia el ámbito municipal, con la consecuente traslación de la mayor imputación de la responsabilidad hacia los municipios.³⁹ El efecto esperado en materia de responsabilidad resulta que, con este nuevo reparto de competencias, la Ley de municipios logre plasmar la responsabilidad de los órganos del poder local y en concreto, de la Administración Municipal como el eje neurálgico de imputación de los daños provenientes por la actuación del Estado, tal cual ha sido previsto por las principales tendencias teóricas que han soportado el proceso de reforma en esta materia. Esta visión rescata la tradición republicana del municipalismo cubano, donde la responsabilidad del Estado tuvo sus primeros reconocimientos a nivel legal (1906) y constitucional (1940), anclada a la violación de derechos de los ciudadanos.

Precisamente, el sistema de derechos y garantías, dentro de los cuáles, los artículos 98 y 99 forman parte en sí, representan fundamentos de vital importancia para delimitar las bases de un sistema de responsabilidad del poder público.

Desde la experiencia de los referentes convencionales de derechos humanos y prácticas internas de referentes comparados, existe un grupo de derechos cuya protección ha conllevado a un reforzamiento del estándar de la responsabilidad. La Constitución de 2019, sin desconocer su esencia social, mantiene la configuración del derecho a la integridad (artículo 46) y a la libertad personal (artículos 46, 52, 54-57) amplía de sobremanera la regulación del derecho de propiedad (artículo 58) e introduce una nueva etapa con lo que podríamos denominar la “constitucionalización del proceso en Cuba” (artículo 92 y 94).

³⁹ Desde el contexto del referente argentino, sobre la regulación de la responsabilidad hacia los niveles territoriales inferiores, Cfr. CABRAL, Pablo O., y MALJAR, Daniel Edgardo (2000). “Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva justicia administrativa bonaerense”, en JAJA 2000-IV-1285, Thomson Reuters Información Legal, pp. 1-8.

En especial, en este último apartado, el deber de ejecución de sentencias (artículo 151), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 94 inciso g) y el derecho a indemnización por daños y perjuicios en el proceso que da cabida a múltiples supuestos de errores judicial, privaciones indebidas de libertad entre otras, (artículo 94 inciso h) profundizan en el fundamento del artículo 98, individualizándolo a la función judicial, en una configuración que ubica la regulación constitucional de 2019 en el marco de las tendencias comparadas de la responsabilidad del Estado Juez.

Mención especial merecen la regulación de los derechos a la protección de la salud (72) y a la educación (73), los cuales encuentran un canon reforzado de sus condiciones de materialidad, al reconocerse como una responsabilidad del Estado. A tales efectos se definen tres principios del servicio público que resultan de meridiana importancia a los efectos de la imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, y en estos casos en concreto, de la Administración Pública: universalidad del acceso, gratuidad y calidad de los servicios.⁴⁰ En especial, este último, se ha convertido en un referente para la determinación de la responsabilidad por falta de servicio.⁴¹

La visión de los derechos como fundamento se complementa, aunque no se agota, con la relación de estos con actividades de sectores de referencia para el desarrollo de la actividad del Estado y en concreto de la Administración Pública; y que consecuentemente, impactan en el desarrollo de los supuestos de responsabilidad patrimonial. Al ya aludido ámbito de la actividad de protección a la salud hay que vincular dos sectores

⁴⁰ Cfr sobre todos GUGLEIMI, Guilles J., GENEVIVE, KOUBI y DUMONT, Gilles (2007). *Droit du Service Public*, LGDJ- Montchrestein, Paris, pp. pp 608-639 ; Abdelkader Benmansour, Nada, « Qualité et services publics "à la française" : où en est-on de la qualité publique en France ? », *Recherches en Sciences de Gestion* 2011/4 (N° 85), p. 109-146. DOI 10.3917/resg.085.0107

⁴¹ CARAZA CRISTÍN, María del Mar (2015). "Los Estándares de Calidad en la Prestación de los Servicios Públicos y su incidencia en la Responsabilidad de la Administración", *Trabajo presentado para la obtención del título de Doctor*. Universidad de Sevilla, España, 2015, in totum;

de meridiana importancia. Por un lado, el texto constitucional en un sentido de progresividad, reconoce el derecho al medio ambiente sano como una responsabilidad del Estado en su protección, marcando un patrón importante en el reconocimiento de los derechos al agua y a la alimentación. Así mismo, por la articulación de sus mecanismos procesales de defensa del derecho de los consumidores a bienes y servicios de calidad, de acceso equitativo y dignos, se superpone desde perspectivas de complementariedad dentro del sistema de responsabilidad patrimonial del poder público, para aquellos supuestos de prestaciones generadas en el sector público por sujetos estatales, privados o no estatales.

El cierre de este panorama, a pesar de las limitaciones técnica-jurídicas que se aprecian en el texto constitucional, brinda de conjunto una fundamentación de la responsabilidad del Estado amplia y profunda. Constituye un reto para el legislador cumplir con el desarrollo normativo de los preceptos regulados, estableciendo un sistema de responsabilidad coherente con los principios enunciados. De esta realidad deberá tomar cuanta la rama judicial del Estado, pues hoy más que nunca la eficiencia del Estado constituido en el nuevo pacto constitucional precisa de mecanismos de garantías que generen índices favorables de confianza legítima hacia los órganos del Estado; una cuestión que solo se logrará con el cumplimiento de aquella máxima parafraseando a Maurice Hauriou “que el Estado actúe y que lo haga bien, pero que lo haga pagando el perjuicio que genere”

IV. La responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. Clases de responsabilidad

a) *extracontractual y contractual*: En el debate actual de la responsabilidad administrativa, una idea que ha tomado peso resulta, tal cual en los predios del Derecho Civil⁴², la de la

⁴² ROSELLÓ MANZANO, Rafael (2014). “Algunas cuestiones sobre el alcance de la unificación de la responsabilidad civil. El caso del Código Civil cubano de 1987”, en Pérez Gallardo,

unificación de los sistemas de responsabilidad administrativa.⁴³ En Cuba, la responsabilidad del Estado por su actividad administrativa tiene como base un fundamento constitucional unitario y general ya aludido, que permite encuadrar tanto los supuestos generados por responsabilidad extracontractual como de responsabilidad contractual.

Sin embargo, la inexistencia de una ley de desarrollo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que con carácter general regule los supuestos en los que puede generarse la responsabilidad, sus modalidades y elementos configuradores, incide de forma desfavorable en la realización de este instituto; determinando la disfuncionalidad que ha caracterizado el periodo constitucional precedente. En ello se combinan otras insuficiencias normativas que hubiesen resultado favorables para la construcción de este principio y su correspondiente exigencia en el ordenamiento jurídico administrativo. Tales son los casos de una ley de organización administrativa, que asumiera desde los criterios de competencia, las atribuciones del principio de responsabilidad; una ley general del procedimiento administrativo, que regulara los elementos configuradores dentro de las instituciones y categorías del procedimiento, una ley de contratos administrativos o del sector público, que estableciera los y procedimientos, tipos de contratos, elementos configuradores, entre los cuales destacara la responsabilidad contractual. En esta nueva etapa de transformaciones crecientes del sector público y de potenciación de mecanismos de colaboración público-privada, una adecuada ordenación de estas normas jurídicas resulta no solo una necesidad para la configuración de la responsabilidad, sino una exigencia para la realización de la eficiencia de la Administración Pública.

Leonardo, (Coord), *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después. Libro homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz*. Editorial UNIJURIS, La Habana, p. 560

⁴³ ZAPATA GARCÍA, Pedro A. (2018). "Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual administrativa", Tesis en Opción al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona, in totum.

Por ende, aunque teóricamente la delimitación de la responsabilidad extracontractual y contractual no ofrecen mayores inconvenientes, en la práctica la línea divisoria entre una y otra puede tornarse difusa, en especial, en supuestos de generados con motivos de la preparación y adjudicación de contratos. Sobre todo, porque el proceso de “huida” de esta institución a partir de 1976 hacia la construcción de un contrato económico, propio de una materia implantada en el *adn* jurídico nacional desde los referentes socialistas de ese ciclo constitucional ha demostrado –en palabras de MATILLA CORREA– “(...) *su disfuncionalidad como técnica jurídica para ordenar relaciones bilaterales voluntarias vinculadas directamente con la actividad administrativa y con el interés público*”⁴⁴

Desde esa perspectiva, a día de hoy no existe una noción de contrato administrativo desde el orden teórico, encontrando un panorama normativo complejo por la presencia del Contrato Económico en tipos de contratos tradicionales; así como de una gama muy baja de supuestos limitados en materia de selección de contratistas asociados al proceso inversionista⁴⁵, la gestión de servicios públicos⁴⁶ o la explotación del dominio público⁴⁷ que no logran sistematizar una visión de conjunto sobre la institución. En consecuencia, ello incide en la configuración de

⁴⁴ MATILLA CORREA, Andry (2008). “Sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano, en MORENO MOLINA, José Antonio y MATILLA CORREA, Andry (Coordinadores), Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de Derecho comparado, Grupo Difusión, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, p. 2

⁴⁵ Consejo de Ministros, Decreto N° 327 de “Reglamento de la Inversión Nacional”, en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, No. 5, de 23 de enero del 2015.

⁴⁶ Consejo de Ministros, Decreto No. 321/2013 del Consejo de Ministros, de fecha 4 días del mes de diciembre de 2013, publicado en Gaceta Oficial No. 011 Extraordinaria de 12 de febrero de 2014; Ministerio de Comercio Interior, Resolución N° 241/2012, de fecha 18 de octubre de 2012, “Reglamento para el Sistema de Gestión Económica de Arrendamiento de locales para el Trabajo por Cuenta Propia en los Servicios Gastronómicos”, publicada en Gaceta Oficial de 6 de noviembre de 2012.

⁴⁷ Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley N° 76, Ley de Minas, de fecha 21 de diciembre de 1994. Decreto No. 222 “Reglamento de la Ley de Minas”, en Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Ordinaria, No. 32, de 19 de septiembre de 1997.

la responsabilidad que derive de la actividad contractual de la administración pública. El reto inmediato pasa por “(...) *la posibilidad* –como sostiene Matilla Correa- *de una vuelta al contrato administrativo; a partir de la realidad que nuestro país ha estado viviendo desde la última década del siglo XX, y que ha planteado ciertos cambios dentro del funcionamiento de la Administración Pública cubana y en los modos de dar respuesta al cumplimiento de sus fines*”⁴⁸

b) por actividad ilícita o ilegítima y por la actuación lícita o legítima: Entre nosotros, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, y en concreto, de la Administración Pública, los debates sobre el criterio de legalidad a efectos de determinar sus niveles de licitud en el periodo constitucional se dividían en dos polos fundamentales acerca de “lo causado indebido” como criterio delimitador de un régimen de responsabilidad restringido a la actividad ilícita o de un régimen amplio que implicaba tanto esta como la actividad lícita de la Administración Pública.

Por un lado, quienes apoyaban la idea de un régimen restringido de imputación por actividad ilícita, provenían de dos predios, el Derecho Público y el Derecho Privado. Entre los autores que defendían esta opción desde el Derecho Público, centrados en las últimas dos décadas, Ramírez Sánchez y Rizo Pérez, a partir de valoraciones previas sobre el carácter subjetivo de la responsabilidad contenidas en el artículo 26⁴⁹, han

⁴⁸ En este sentido pueden verse: CASTANEDO ABAY, Armando (2017). “Algunos Apuntes para una definición jurídica de la figura del contrato administrativo, en el ámbito de la gestión” en MATILLA CORREA, Andry (Coord), Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, Editorial UNIJURIS, La Habana, pp. 262-277; LANZA LÓPEZ, María Teresa (2002). “La concesión administrativa de servicio público”, en AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo cubano, Editorial Félix Varela, La Habana, págs. 140 y sigs., MATILLA CORREA, Andry (2002). “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Derecho Constitucional y Administrativo 3, CARELLO, Luis Armando (Director), Editorial Librería JURIS, Rosario, pág. 208.

⁴⁹ Cfr. RIZO PÉREZ, Nilda Haydée; RODRÍGUEZ SAIF, María Julia; RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed (2011). “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, Revista Equipo Federal del Trabajo. No. 76, 2011. En esa misma línea, Cfr. Vid. CEDEÑO GUERRA, Nora,

argumentado desde la perspectiva del proceso administrativo, cómo las limitaciones en la realización de la institución se ha sido aparejadas al hecho de que “(...) los órganos jurisprudenciales no han brindado una interpretación conforme a la aplicación del 26 que conlleve a pensar en un cambio de criterio desde la vis subjetiva de su construcción originalista a una perspectiva directa-objetiva, a la luz de las actuales circunstancias del desarrollo de la Ciencia del Derecho Administrativo y de las necesidades sociales de seguridad jurídica”.⁵⁰

En esa preocupación se une Prieto Valdés, para quien el derecho constitucional a reclamar daños provocados por la Administración Pública resulta “una formula añeja, o sea, de responsabilidad subjetiva”⁵¹

Desde la perspectiva del Derecho Civil, la interpretación reinante por un amplio sector de la práctica se restringió a que los principios responsabilidad patrimonial fueron regulados en una especie de supletoriedad de segundo grado⁵², en el Código Civil, al no existir una ley sustantiva en materia administrativa

MORENO TAMAYO, Fernando, “La responsabilidad Patrimonial de la administración pública ¿garantía en la actividad administrativa del transporte terrestre no estatal en cuba?, tomado de <https://international.vlex.com/vid/responsabilidad-patrimonial-administracion-publica>, RÁMIREZ THOMAS, Dayamis, LAMAS BERTRAN, Gretcher y MENDOZA PÉREZ, Juan Carlos (2017). “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en Cuba. Perspectiva de cambio”, Revista Caribeña de Ciencias Sociales (diciembre 2017), tomado de <http://www.eumed.net/rev/caribe/2017/12/administracion-publica-cuba.html>

⁵⁰ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed y RIZO PÉREZ, Nilda Haydeé (2017). “La exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Cuba. Limitaciones en su acceso a la justicia administrativa”, en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile NÚM. 27 (2017), pp. 104-105, DOI 10.5354/0718-4735.2017.47963

⁵¹ PRIETO VALDÉS, Martha (2018). La Constitución, el Código Civil y las interconexiones necesarias, en Pérez Gallardo, Leonardo B., (Coord.), *El Código Civil cubano... 30 años después*, Ediciones ONBC, La Habana, p.50.

⁵² En el artículo 8 del Código Civil se expresa: Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales. Al respecto de la inaplicación del Código Civil como norma supletoria en materia de relaciones jurídicas administrativas. Al respecto Cfr. RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ,

que uniformara los criterios para configurar la imputación; tal cual provenía de la tradición de una buena parte de los referentes soviéticos⁵³ que animaron la codificación civil en Cuba en materia de responsabilidad del Estado.

El peso de su ponderación se basó en la configuración normativa e indudable arraigo práctico que presenta. No obstante, resulta muy discutible por la cautividad que impone su requisito de procedibilidad, inaceptable en el orden teórico conforme a la naturaleza de la relación jurídica que regula⁵⁴ diversas a las del Derecho Administrativo⁵⁵; y por ende llamado a superarse desde la guía de las nuevas líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo⁵⁶

Lisette, “El carácter Supletorio del Código Civil cubano: ¿Mito o realidad?” en Pérez Gallardo, Leonardo B., (Coord.), *ob. cit.*, pp.131-133

⁵³ Cfr. SEREBROVSKI, V. y JALFINA, R. (1962). “Derecho Civil Soviético” en Fundamentos del Derecho Soviético, Capítulo IV, Editorial en Lenguas Extranjeras, Moscú, p. 261; LETOWSKA, Ewa y LETOWSKI, J. (1977). “La responsabilité de l’Etat pour le comportement illégal de ses organes dans les pays socialistes européens”. en « *Revue d’études comparatives Est-Ouest* », vol. 8, n° 1, 1977, France, pp. 93-129 y todas las fuentes allí citadas.

⁵⁴ El artículo 1 de la *lex* sustantiva civil regula: El Código Civil regula relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales. Como expresión de las posiciones teóricas nacionales que fundamentan esta visión Cfr. DELGADO VERGARA, Teresa (2007). “La Responsabilidad jurídica civil, Su regulación en el Código Civil Cubano”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo, *El Derecho de Contratos en los Umbrales del Siglo XXI. Memorias de las Jornadas Internacionales de Derecho de Contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el periodo 2001-2207*, Academia Brasileira de Direito & MP Editora, Sao Paulo, p 511; OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, “La responsabilidad jurídica civil”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Coord., *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*. Editorial Félix Varela, 2000, p. 106; MARTÍNEZ GÓMEZ, Jesús Armando, Naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. Estado de la cuestión en Cuba en *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, no 2013_06, Universidad de Málaga, pp. 1-13.

⁵⁵ Desde un contexto comparado en una posición autonomista del Derecho Administrativo, Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro (2009). “Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Universidad de Chile, pp. 45-68; BÉJAR RIVERA, Luis José. “Principios, normas y supletoriedad en el Derecho Administrativo”, disponible en <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/principiosynormas.pdf>;

⁵⁶ La Sentencia número 309/2015 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular, en la cual la jueza ponente Alfaro Guillén, al valorar los argumentos del recurrente en casación por la infracción de ley sobre los artículos 82 y siguientes del Código Civil, sostiene en decisión razonada y colegiada: “(...) el desacierto de insistir en el carácter

Por el otro, algunos autores de Derecho público han interpretado progresivamente la configuración de este artículo, argumentando que la forma de aplicación del texto constitucional debe ser en clave de imputación objetiva (Marcheco Acuña)⁵⁷; valorando la proyección a futuros de su implementación (Pérez Hernández y Aragón Pérez)⁵⁸. La idea es común: el causado indebido se asocia a los efectos de la posición jurídica de la víctima, quien tiene el derecho a que no se le cause un daño indebidamente.

Sin embargo, debemos hacer un llamado de atención. Aunque teóricamente se ha fundamentado la generalidad de un régimen de responsabilidad objetiva, lo cierto es que ello es cada día más, una doctrina en revisión, pues no se desprende ni de las regulaciones constitucionales⁵⁹, ni de las prácticas jurisprudenciales en sí, donde el test de responsabilidad continua siendo en principio, eminentemente subjetivo como regla.⁶⁰

civil de la relación que origina el conflicto, habida cuenta que el daño a los bienes de su propiedad se ocasionó con motivo del cumplimiento de funciones del órgano administrativo demandado consistentes en la ejecución de la campaña de fumigación que vincula a todos los ciudadanos como parte de la estrategia nacional de salud pública, de modo que jerarquiza el vínculo desde este análisis, al quedar sujeta la ciudadanía al desarrollo de las acciones de saneamiento llevadas a cabo por la administración.”, Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil y Administrativo, Sentencia N° 309, de fecha 29 de mayo de 2015, Considerando Segundo, Jueza Ponente, Alvaro Guillén, Yanet.

⁵⁷ Cfr. sobre todos MARCHECO ACUÑA, Benjamín (2017). *Fundamentos de la Justicia Administrativa*, Editorial UNIJURIS, La Habana, p 83.

⁵⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y ARAGÓN PÉREZ, Daniel (2017). “Un acercamiento jurídico con visión constitucional y ciudadana a la inactividad de la Administración Pública”, en MANTILLA CORREA, Andry (Coord), *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo*. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra, Editorial UNIJURIS, La Habana, p 292.

⁵⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María « La générosité de la responsabilité « objective » de l'administration en Droit Espagnol », *Revue française d'administration publique* 2013/3 (N° 147), p. 653-664. DOI 10.3917/rfap.147.0653; MIR PUIGPELAT, Oriol, “*La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia Un Nuevo Sistema*”, 1ª Ed, Civitas, España, 2002, p 65 y ss.

⁶⁰ Cfr. MEILÁN GIL, José Luis (2015) “El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Una revisión doctrinal”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord), *La constitución y el Derecho Administrativo*, UNAM, México, pp. 1-17; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2010). “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en

Si se valora la actual regulación constitucional, desde nuestra perspectiva no se aprecia el cambio de mirada en la interpretación. La imputación sigue radicando en la causa en sí y no en el estado de la víctima en concreto. La perspectiva de la víctima, por ende, resulta un elemento determinante para poder defender este tipo de interpretación, pues una cosa resulta el deber jurídico de no causar daño emanado del derecho a no sufrir un daño causado de forma indebida y otro, por el contrario, el deber jurídico de soportar un daño, que conlleva al derecho a no soportar un daño⁶¹. Desde la interpretación tradicional, la configuración de la responsabilidad objetiva bajo el canon de la actuación “lícita” en definitiva implica una intervención ilegal, no por la forma “debida” en que se produce, sino por los efectos lesivos que genera.⁶² Si miramos el actual artículo 98 y su precedente de 1976 (artículo 26), la fórmula de imputación se sigue sosteniendo bajo un criterio de responsabilidad por actividad ilícita o “indebida”, pues la idea que subyace es la del derecho de las personas y deber de los agentes y funcionarios del Estado de no sufrir/causar *-respectivamente-* un daño de forma indebida. Lamentablemente, el debate jurisprudencial en este aspecto no logró ubicar un “*leadig case*” que abriera una línea jurisprudencial de interpretación conforme de este precepto constitucional.

Como expresión de las asistematicidades denunciadas, a nivel legal, no existió –ni existe– una impregnación constitucional de

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 695 y ss.

⁶¹ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2010). “Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?” *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre, pp. 179-231; DÍEZ SASTRE, Silvia (2012). “Culpa vs. ilegalidad: de nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, num.153/2012, Editorial Civitas, SA, S/P (BIB 2012/235)

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1955). “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo VIII, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1955, p 113 y ss.

este principio y por ende el desarrollo de actividades administrativas encuentran limitaciones para establecer el estándar de funcionamiento medio y óptimo de la actividad administrativa en general, tanto en la actividad formal como en la actividad material; y en concreto en los servicios públicos.

Una mirada al actual artículo 98 y su complemento, el artículo 99, permite determinar que la idea de “lo indebido” como lo ilegal se comparte como tradición del texto precedente. Si bien el artículo 98 se decanta por un régimen de causalidad subjetiva, el 99, por otra parte, opta por dos variantes. Una primera modera la formulación causalística del artículo 98 en el sentido de sustituir “lo causado indebido” a lo “con motivo de actos u omisiones indebidas” Esta variación, aunque no se desconecta del enfoque anterior, supone una modificación a tener en cuenta, en tanto apuesta por la configuración del nexo causal desde la perspectiva de una imputación de primer grado o nivel uno, al decir de Mir Puigplaut⁶³. Con ello se ancla la imputación al criterio de competencia en general, y no al factor subjetivo de la actuación del sujeto imputado (segundo nivel de imputación). Esto supone una cobertura mucho más amplia, pues al incluir a los órganos del Estado supone no lidiar a futuros de una ley de desarrollo con las denominadas faltas anónimas, un punto superado en la evolución de la responsabilidad desde contextos comparados y refuerza la idea de una imputación directa.

Una segunda fórmula se dirige hacia la actividad de los particulares y sujetos no estatales, que, en este caso pueden desarrollar una actividad pública bajo determinados títulos habilitantes. En esta dimensión, se desarraiga el criterio de lo “ilegal como indebido” omitiéndose esa especial cualificación, por lo cual se puede asumir que representa una ampliación al círculo de actos u omisiones de estos sujetos imputables; y aunque supone una mejora, al mismo tiempo puede suponer

⁶³ MIR PUIGPELAT, Oriol (2000). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Ed. Cívitas, Madrid, p 141 y ss.

un status jurídico desigual para este sector con respecto a los sujetos estatales.

A tenor del alcance la imputación, la configuración que brinda el artículo 98 y su necesaria apoyatura en el artículo 99, lo que reconocen es un régimen de responsabilidad por falta del servicio. El criterio de lo “indebido”, “causado o sufrido”, debe entenderse como ilegal, por ende, contrario a las normas que regulan el régimen jurídico de la Administración Pública. Ni las posiciones pensadas en una responsabilidad subjetiva, ni las aspiraciones de un régimen de responsabilidad objetiva global pueden interpretarse como consecuencias de la regulación constitucional en el marco de esta nueva Carta Magna.

En cuanto a la responsabilidad subjetiva, no puede acompañarse tal posición, porque la idea de falta de servicio resulta un criterio objetivo de violación caracterizada de las leyes del servicio, por lo cual los reproches subjetivos se subsumen en esta categoría general en tanto pertenecientes a la actividad. En caso contrario, tales reproches, conducen a la falta personal sin vínculo con la actividad, y, por ende, responsabilidad del funcionario como sujeto persona individual. Por otra parte, tampoco puede defenderse el criterio de una responsabilidad objetiva, incluso con las miras puestas en los vaivenes teóricos y jurisprudenciales de la última década⁶⁴. La responsabilidad de los artículos 98 y 99 no dan cobertura global a todos los daños

⁶⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis María (2013). “La générosité de la responsabilité objective de l’administration en droit espagnol”, en *Revue française d’administration publique*, N° 147, Ecole nationale d’administration, Paris, p. 653-664. DOI 10.3917/rfap.147.0653; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I, “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, pp. 155-192 ALEGRE ÁVILA, J. M., ¿La legislación preconstitucional, parámetro de integración de las prescripciones constitucionales?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, 2019, pp. 307-336, MIR PUIGPELAT, Oriol (2020). “La garantía constitucional de la Responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, N° 213, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2020, pp. 29-47, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>. En esa línea Cfr. criterios de los propios magistrados del Tribunal Supremo Español, ROMERO REY, Carlos (2020). “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: un palimpsesto”, en *Revista de Administración Pública*,

generados por la actividad. La pretensión interpretativa debe resultar la de ubicar el fundamento de una responsabilidad sin falta como criterio excepcional, conforme las características del servicio, pues como se ha sostenido desde el fallo fundante, la responsabilidad no es ni general, ni específica.

El camino en lo adelante debe estar signado por asumir la formulación del artículo 98 como un principio de funcionamiento del Estado, que confiere un derecho de configuración legal. Por ende, a efectos de imputación, su formulación debe ser interpretada de forma abierta y general, de modo que brinde cobertura a diversos regímenes de responsabilidad subjetiva de forma general tanto a la responsabilidad sin falta como a la responsabilidad por falta de forma tasada; senda en la cual el legislador deberá cumplir con el mandato constitucional de establecer los fundamentos del sistema de responsabilidad.

V. La responsabilidad extracontractual y factores de atribución de la responsabilidad: A) culpa falta o falla de servicio y lesión antijurídica). B) Requisitos que deben concurrir (daño y nexo causal)

La inexistencia de una norma de desarrollo de carácter general de los elementos teóricos que configuran la institución de la responsabilidad patrimonial, así como la falta de regulación a niveles sectoriales y de distribución territorial del poder se combina con la ya aludida jurisprudencia restrictiva para generar un ámbito de indeterminación de los elementos de su configuración. Desde el canon teórico, normativo y jurisprudencial que aportan los referentes comparados por la universalidad de la misma, emanan la culpa falta o falla de servicio y lesión antijurídica (A) así como el daño o lesión y el nexo causal (B)⁶⁵

Nº 213, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, 2020, pp, 13-27.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.01>

⁶⁵ Al respecto Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado", en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, et. al. (Coords.), *La Responsabilidad*

A) *Culpa, Falta o Falla de Servicio y Lesión Antijurídica*

Desde la perspectiva cubana no existe ni en el plano teórico, ni en el marco normativo, ni en las construcciones jurisprudenciales una noción delimitada del régimen de responsabilidad por falta del servicio. Las ideas que se pueden extraer provienen de la propia regulación constitucional. Ello evidencia una confusión entre el régimen de faltas personales y faltas de servicio.

En puridad de términos, la falta de una ley de servicios públicos y la falta de un contencioso de los servicios públicos ha generado que las afectaciones a los principios de continuidad y regularidad (funcionamiento tardío o falta de funcionamiento) así como el principio de calidad en los servicios públicos (mal funcionamiento del servicio) no hayan sido configurados de forma adecuada. A contrario, la regulación contractual como servicios domiciliarios desde la perspectiva privada, y articulada los insuficientes mecanismos de protección al consumidor, han generado serias vicisitudes en la imputación de la responsabilidad por falta de su servicio público⁶⁶. De tal forma, la necesidad de cartas de servicios públicos que fijen los estándares de calidad para determinar cuando el servicio no ha funcionado, ha funcionado tarde o no ha funcionado bien siguen en un terreno de amplia indeterminación normativa.

Desde la perspectiva constitucional, en materia de sujetos imputables, el artículo 99 supera la configuración del 98, al incluir a los órganos del Estado, además de directivos, funcionarios y empleados regulados en ambos artículos. De igual forma,

Patrimonial de la Administración Pública, Express, México, 2014 T I, pp 93-112, BOTASSI, Carlos, FLORES, Álvaro y CABRAL, Pablo Octavio (2020). "Responsabilidad del Estado", en BOTASSI, Carlos Alfredo (dir) y CABRAL, Pablo Octavio (coord), *Derecho administrativo. Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, pp. 79-108.

⁶⁶ Como expresión de esta situación, desde el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, Cfr. RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed y MEDINA GUERRA, Mónica del Pilar (2017). "El Derecho de acceso a internet de las personas naturales en Cuba. Exégesis de la responsabilidad por falta de su servicio público", en *Revista Excelencia Administrativa*, México, N° 14, enero-marzo.

extiende la imputación hacia particulares y entes no estatales, en detrimento de la responsabilidad regulada en el artículo 98, anclado a su configuración primigenia del 1976. Esta diferencia no resulta en modo alguno intrascendente. Al hacerlo, quedan exentos de ser imputados los sujetos no estatales que desarrollan materialmente una determinada función pública, los cuáles deber ser regidos por el régimen procedimental y procesal de Derecho Administrativo que debe habilitar el artículo 98. Así mismo, la inclusión de los órganos del Estado en el artículo 99, sin realizar la inclusión en el artículo 98 hace repensar un criterio consensuado en la interpretación tradicional de este artículo (26 de la Constitución de 1976), al fundamentarse la acción de reclamación de forma directa al órgano imputable, y no al agente o funcionario.

La inclusión del artículo 99 en detrimento del artículo 98 pone una mira aguda que puede conducir a la errónea aplicación del Código Civil tradicional en materia de responsabilidad del Estado, por el ejercicio de la acción directamente al agente o funcionario. Como correlativo de lo anterior, la actividad imputable prevista en el artículo 99 supera la regulación del artículo precedente, con la posible previsión de las distintas formas indirectas de gestión de la actividad administrativa. Esta diferencia resulta restrictiva en el orden del artículo 98 como centro del sistema de responsabilidad del Estado, por ser en las vías ordinarias de defensa de los derechos donde está llamada a realizarse de forma plena e inmediata la garantía procesal y procedimental que la regulación del artículo 98 impone, y no de forma subsidiaria, como debe resultar el proceso de protección a los derechos constitucionales previsto en el artículo 99.

Un elemento central del sistema radica en el hecho que genera la acción de reclamación: el daño o perjuicio. En esta formulación la regulación constitucional no supera el texto precedente, y se desmarca de las tendencias comparadas, que propugnan la lesión antijurídica como un criterio más amplio de valoración de las afectaciones generadas por la intervención

de la función pública en el ámbito de los derechos de las personas, cuyos efectos lesivos no están en el deber jurídico de soportar⁶⁷. De tal modo, la lesión antijurídica, conforme a la regulación constitucional no encuentra un asidero delimitado, pues el artículo 98 se configura desde la teoría del daño como expresión de una afectación patrimonial y no de la lesión como la afectación a los derechos de la víctima.

De tal forma, a nivel sectorial, en ámbitos de notoriedad para el desarrollo de la institución desde la perspectiva de la actividad material como resultan los servicios de salud, los supuestos de iatrogenia, impericia, imprudencia y falta de consentimiento informado, se encuentran regulados como faltas que comprometen responsabilidades disciplinarias, sancionadoras en el ámbito administrativo o penales; todas desarticuladas del criterio de falta del servicio⁶⁸, imputadas como meras faltas personales separables de la función pública. Desde la perspectiva de la actividad formal, la carencia de un procedimiento de nulidad de actos administrativos resulta otro elemento indicativo de las insuficiencias para determinar un régimen de falta de servicio en las instituciones administrativas de los sectores internos de referencia⁶⁹. Tales elementos, aunque indicativos de dos sectores, resultan consustanciales al entramado administrativo, denotan las insuficiencias del régimen general.

⁶⁷ Cfr. LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018) "Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar", en VAQUER CABALLERÍA, Marcos, MORENO MOLINA, Ángel Manuel y DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio (Coord.), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia. pp. 1045-1067; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "Responsabilidad Patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un Reglamento, en *Separata de Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 22, 2003, 577-596.

⁶⁸ CEDEÑO GUERRA, Nora. "La responsabilidad penal del médico en Cuba. Su tratamiento teórico doctrinal y legislativo", en *Revista Jurídica UECS Derecho Privado*, España, p 27;

⁶⁹ Para una breve panorámica desde referentes comparados, Cfr. ECHEVESTI, Rosario María, y ZUDAIRE, Lucas José (2018). "Responsabilidad por daños en espectáculos públicos: Avance y retroceso. "Mosca" y "Arregui", en *Revista Derechos en Acción*, Año 3, N° 9, Universidad Nacional de La Plata Argentina, 2018, pp. 385-402, DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e228>.

No obstante, el canon constitucional del artículo 98 impone un principio de responsabilidad por falta de servicio, sobre el cual el juez administrativo podrá construir los supuestos concretos por sectores y tipos de actividad administrativa, conforme al canon teórico, normativo y jurisprudencial que ofrecen las experiencias comparadas.

B) Requisitos que deben concurrir (Daño y Nexo causal)

En relación al daño, el sistema de daños previsto en el Código Civil y por demás inaplicable a este tipo de situaciones resulta a primera vista restrictivo en materia de daño moral. A nivel de todo el ordenamiento jurídico no existe una teoría unitaria delimitada del daño como institución transversal de la responsabilidad en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico administrativo, la carencia de desarrollo normativo de la expropiación forzosa, las servidumbres administrativas, la contratación administrativa y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; así como la asistematicidad de la materia la responsabilidad sancionadora y disciplinaria, influyen en la falta de criterios para la determinación del daño de la esfera del Derecho Público.

El juez administrativo no cuenta con una base normativa suficiente para estimar el daño, aspecto que incide en el orden probatorio de los procesos de exigencia de responsabilidad. El reto está en construir desde los principios de esta rama del Derecho, los sistemas de determinación y valoración del daño. En ello pueden servir de base para la integración de un régimen disperso, entre los cuales sobresalen las normativa de la Contraloría General de la República y su sistema para la determinación de daños económicos al presupuesto del Estado⁷⁰; de los baremos establecidos para la valoración de inmuebles a efectos

⁷⁰ Contraloría General de la República, Resolución No. 512/13, sobre la identificación y cuantificación de daños y perjuicios causados el patrimonio público, publicado en Gaceta Oficial No. 7 Extraordinaria de 22 de enero de 2014.

tributarios⁷¹, obras constructivas, del régimen de responsabilidad material⁷², e incluso, de la metodología para calcular los daños económicos del embargo comercial dictado por Estado Unidos a Cuba⁷³.

Con relación al nexo causal, las insuficiencias denunciadas influyen de forma decisiva. Si bien este elemento ha sido desarrollado más desde las líneas jurisprudenciales que desde la codificación de la responsabilidad en contextos comparados, nuestro juez ordinario no ha entrado en el debate acerca de las teorías que sustenten la imputación de la responsabilidad de la administración⁷⁴. Su posicionamiento al respecto solo puede

⁷¹ Consejo de Estado, Decreto Ley N° 343 modificativo de la ley no. 113, de 23 de julio de 2012 “Del Sistema Tributario” publicado en GOC-2017-348-EX16, de 11 de abril de 2017, Ministerio de Finanzas y Precios, Resolución No. 112/2017, estableciendo el valor referencial mínimo de las viviendas, publicada en GOC-2017-349-EX16.

⁷² Consejo de Estado, Decreto-Ley N° 249 “De la Responsabilidad Material, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36, de fecha 24 de julio de 2007,

⁷³ Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 209 “Sobre reparación del daño moral para las víctimas de las agresiones de la política hostil de los Estados Unidos de América contra Cuba”, de fecha 20 de marzo del 2000, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2 de esa fecha; La Ley No. 80 “Ley de Reafirmación de la Dignidad y Soberanía Cubana”, de fecha 24 de diciembre de 1996, Consejo de Ministros Decreto No. 290, Normas Generales para el Registro y Control de los Daños y Perjuicios económicos causados por el bloqueo Económico y Comercial y Financiero impuesto por el Gobierno de los Estados Unidos en contra de Cuba, publicado en Gaceta Oficial No. 022 Extraordinaria de 2 de abril de 2012.

⁷⁴ BLASCO ESTEVE, Avelino (1987). “La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 53, 1987, Cfr. Arenas MENDOZA, Hugo André (2020) “¿Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia son dos o tres?: a propósito de la relación de causalidad”, *Vniversitas*, Vol 69, Universidad Javeriana, Bogotá, pp. 1-17, DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.ereee>, BOUTEILLER, Julien (2001). *La détermination du patrimoine public responsable*, Thèse pour obtenir le grade de docteur, Université Paris Nord, Paris XIII. Français, p 69-71, BARRAZA, Javier Indalecio, “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, 1º Ed., La ley, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 102-108, JUAN, Stéphani (2004). “La Responsabilite de l’Etat du fait de l’action normative en Droit Administratif Français”, *Thèse pour le doctorat de Droit Public*, Université de Metz, Francia, 2004, pp. 129-135, SAMMARTINO, Patricio M. E. (2008). “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado” en BIANCHI, Alberto, *et. al.*, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, 1º Ed. RAP, Buenos Aires, Argentina, p. 432 y ss, POUILLAUE,

extraerse de algunos supuestos contenidos en procesos de responsabilidad civil con la causa eficiente.⁷⁵

En cualquier caso, un dato distintivo resulta que conforme al canon de responsabilidad subjetiva que anima no solo el sistema de responsabilidad civil, sino desde la perspectiva de otros sistemas de responsabilidad administrativos como el sancionador o el disciplinario, la intervención o culpa de la víctima, la intervención del tercero, la fuerza mayor y el caso fortuito⁷⁶ han sido regulados en todo el ordenamiento jurídico como causales de modificación y quiebre de la imputación de la responsabilidad. Por ende, como tendremos la oportunidad de ver a continuación, al restringir los supuestos de casos fortuitos, se limita la responsabilidad por riesgo.

VI. Continuación: Responsabilidad extracontractual: factores especiales de atribución: riesgo, daño o sacrificio especial, falta o falla presunta del servicio, enriquecimiento sin causa

Las limitaciones denunciadas del régimen de responsabilidad por falta impactan en el resto de factores de atribución, al no existir una regulación general en materia administrativa de supuestos generadores de responsabilidad por riesgo creado, daño o sacrificio especial, falla presunta o enriquecimiento si

Hugo-Bernard (2011). "Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative", *Thèse de doctorat en Droit public*, Université Panthéon-Assas, Paris, pp. 39-66.

⁷⁵ Cfr sobre todas, Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil y Administrativo, Sentencia N° 628/2014, de fecha 30 de septiembre de 2014, Considerando Único, Jueza Ponente, Acosta Ricart

⁷⁶ En sede judicial, la aplicación de la fuerza mayor y el caso fortuito no contado con un claro deslinde una de otras en relación con la imprevisibilidad, evitabilidad y externabilidad que las distingue, y por ende las constituye una como causal de exención. Al respecto Cfr. sobre todas, Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Económico, STS N° 118, de fecha 16 de septiembre de 2014, Considerando Único, Juez Ponente Andux Alfonso, Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Económico, STS N° 23 de fecha 28 de febrero de 2014, Considerando Único, Juez Ponente Rosario López

causa. Los regímenes administrativos sectoriales que prevén el manejo de riesgos se limitan a establecer niveles de competencias para el desarrollo de determinadas actividades, sin pronunciarse sobre los posibles supuestos de responsabilidad que puedan generarse en el medio ambiente⁷⁷ o la medicina⁷⁸. Así mismo, tampoco se observan desde la perspectiva del principio precautorio⁷⁹, efectos indemnizatorios a las posibles manifes-

⁷⁷ En tal sentido desde el ámbito de la actividad administrativa medioambiental Cfr. Consejo de Estado, Decreto-Ley N° 202 Sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, publicado en Gaceta Oficial No. 85 Edición Ordinaria de 28 de diciembre de 1999, Consejo de Estado, Decreto Ley No. 309 “De la Seguridad Química”, de 23 de febrero de 2013, publicado en Gaceta Oficial Ordinaria n° 15, de fecha 20 de marzo de 2013.

⁷⁸ Ministerio de Salud Pública (MINSAP), Resolución Ministerial No. 101 del Ministro de Salud Pública, de 1997. Sistema de Atención Ambulatoria (SAA) para portadores del VIH. La Habana. Cuba; MINSAP, Dirección Nacional de Epidemiología, “*Actualización del Programa de Prevención y Control de la Infección Intrahospitalaria*,” 1996. Además, los supuestos de contagio de VIH y de infecciones nosocomiales, los regímenes del programa materno infantil en cuanto a prevención de malformaciones en el proceso gestacional; así como el régimen del consentimiento informado, a efectos de su exceso, y del error médico como supuestos de responsabilidad. Al respecto Cfr. MINSAP, Resolución Ministerial N° 99/08 Metodología para la Evaluación de la Responsabilidad Penal Médica; MINSAP, Resolución Ministerial N° 145/2007, contentiva del Programa para el mejoramiento continuo de la de Calidad Hospitalaria. Desde el contexto actual de las situaciones de riesgo sanitario. Cfr. ESTEVE PARDO, José, La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la Covid-19”, en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 2, Madrid, 2020, pp. 35-50, DOI:10.37417/RPD/vol_2_2020_272; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Responsabilidad Patrimonial del Estado por la gestión de la Crisis del Covid-19”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, en N° 86-87, en N° 86-87, Madrid, España, 2020, pp. 102-109, CABRAL, Pablo Octavio (2020) “La Responsabilidad del Estado frente a las Políticas Públicas del Gobierno Argentino ante la pandemia del Covid-19. Ollis Salus Populi Suprema Lex Esto”, en *Revista de la ECAE, Dossier Covid-19 y Derecho*, N° 4, 2020 Argentina, pp. 744-855

⁷⁹ DEGUERGUE, Maryse (2006). “Les avancées du principe de précaution” en droit administratif français en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 58 N° 2, 2006. pp. 629-632; doi: 10.3406/ridc.2006.19439; GOSSEMENT, Arnaud (2003). Le principe de précaution. Essai sur l’incidence de l’incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publiques, L’Harmattan, Paris ; AUBY, Jean-Bernard (2005). Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions, en Conseil d’État, Responsabilité et Socialisation du risque, Le rapport public 2005 du Conseil d’État, La Documentation française, Paris 2005, 9 351 y ss.

taciones de los riesgos previstos en los Sistemas de Control Interno de la Administración Pública.⁸⁰

Tampoco se pueden extraer, tal cual, en el régimen de responsabilidad por falta, construcciones jurisprudenciales que guíen las líneas de desarrollo de la responsabilidad desde la práctica jurídica. Por el contrario, las regulaciones de tales supuestos solo podrán encontrarse en las previsiones contenidas en el Código Civil, en los cuáles no logra fundarse con suficiencia dichos factores de cara al contexto de la actividad administrativa. Incluso, a nivel de imputación por riesgos, la formulación del caso fortuito como causal de exención de la responsabilidad impone un límite importante para la configuración del régimen jurídico, incluso en el ámbito Civil.

VII. Responsabilidad contractual: factores de atribución y requisitos

En materia de responsabilidad contractual de la Administración Pública, e régimen jurídico se aparta de las tendencias comparadas⁸¹. A la ya acuciada insuficiencia normativa de un régimen jurídico de la contratación pública, el régimen jurídico cubano se enfrenta a un modelo binario de responsabilidad, conforme a la naturaleza jurídica de los sujetos que concerté relaciones contractuales: un régimen general y supletorio contenido en el Código Civil y otro particular para sujetos legitimados en el tracto económico nacional, desde la justiciabilidad incluso de una jurisdicción especial. La regulación en ambos sistemas

⁸⁰ Contraloría General de la República, Resolución N° 60/11, Normas del Sistema de Control Interno, publicada en Gaceta Oficial N° 013 extraordinaria, de fecha 3 de marzo de 2011

⁸¹ Cfr. PERRINO, Pablo E (2015). "La regulación de la responsabilidad contractual del Estado" en ÁVILA, Santiago Matías, *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, 1a ed adaptada, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 385-418, LÓPEZ, José Ignacio (2018). "Las chispas desprendidas de un brasero deficiente. Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Argentino", en Revista Derechos en Acción, Año 3, N° 8, Universidad de la Plata, Argentina, 2018, pp. 33-53, DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e172>.

de contratación fundamenta, como hemos sostenido, a varias figuras que representan instituciones contractuales de naturaleza administrativa. Sin embargo, en materia de responsabilidad no existe una previsión de supuestos generados tanto de forma ex ante como ex contrato. De tal forma, no encuentran asidero normativo de forma general el resarcimiento de daños y perjuicios a terceros ocasionados como derivados de la ejecución del contrato, así como los daños ocasionados al contratista o a terceros por actuaciones relacionadas con su actividad contractual realizadas directamente por las autoridades o el personal al servicio de la Administración.

En el ámbito de la fase de preparación, selección del contratista y adjudicación, no se reconocen efectos indemnizatorios ni mecanismos de reclamación para los supuestos de renuncia, desistimiento de la Administración, o dilación procedimental indebida del procedimiento de selección; la posible indemnización que genere la posible declaración de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación, la Indemnización por la reducción de la duración del contrato de forma unilateral por parte de la Administración, la anulación de la adjudicación directa, o la constatación de una desviación en la adjudicación del contrato producto de una práctica anti transparente que genere perjuicios a terceros licitadores con interés legítimo

En el ámbito de responsabilidad por incumplimiento, no se encuentran previsiones normativas ni jurisprudencia civil o administrativa acerca de la responsabilidad generado por las modificaciones en las condiciones de la ecuación económica-financiera del contrato (*Factum Principis*), o la responsabilidad por la falta de formalización una vez adjudicado el contrato.

Solamente puede hablarse en alguna medida, desde las propias limitaciones los regímenes jurídicos aludidos, a la responsabilidad por incumplimientos, así como de las consecuencias resarcitorias por el retraso en el pago de algunas figuras contractuales

VIII. Responsabilidad del Estado por la actividad judicial

Las bases constitucionales previstas en el nuevo texto constitucional ponen en la órbita de la responsabilidad del juez una especial mirada⁸². A día de hoy, el régimen de responsabilidad del juez se encuentra regulado en el seno del proceso civil, definiéndose como una responsabilidad civil la que incurran los Jueces en el desempeño de sus funciones, con la previsión de un proceso especial ante el superior jerárquico de aquel al cual pertenece y a la Jurisdicción Civil si se tratare de un Juez del Tribunal Supremo⁸³

La sola redacción del artículo, su ubicación en el seno del proceso civil y su articulación a las reglas del Código Civil siendo esta una función pública del Estado demuestra las inconsistencias en las fuentes de desarrollo de la responsabilidad del Estado en Cuba como causas de las disfuncionalidades de su aplicación práctica. La reforma procesal en Cuba que sobrevendrá al proceso constituyente tendrá entre sus retos inmediatos la configuración de un régimen adecuado de responsabilidad en la función judicial que se articule a las exigencias de la constitucionalización del proceso y a la configuración de su exigencia en el seno del proceso administrativo, con la definición de los supuestos que desarrollen los fundamentos del texto constitucional.

IX. Responsabilidad del Estado por la actividad legislativa

Sin lugar a dudas, el supuesto de responsabilidad del Estado de mayor complejidad para fundar sus bases constitucionales y

⁸² Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, Cfr. BAUGER, Erika Silvina (2019). "La responsabilidad del estado juez por prisión preventiva errónea: un caso real de aplicación de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos", en Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686, Año 4, N° 13, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2019, pp. 395-422, DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e344>

⁸³ Sobre las problemáticas que supone el sistema de Control de Constitucionalidad en Cuba, Cfr sobre todos, la obra colectiva MATILLA CORREA, Andry (Compilador) (2009). Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008). Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México D.F..

normativas resulta el de la actividad por actividad legislativa. En este sentido existen varios factores que limitan el desarrollo propio de esa noción. En primer lugar, no existe una tradición jurídica de prever efectos indemnizatorios en la promulgación de leyes en nuestro país. En segundo término, el diseño de un modelo de control de constitucionalidad concentrado en el órgano legislferante (la Asamblea Nacional del Poder Popular) *ex ante* y *posterior*, apartándose de las tendencias de control constitucional que conllevan a la configuración de la responsabilidad por actos legislativos. En tercer lugar, la función de control de legalidad se encuentra descentralizada conforme a los órganos del poder popular diseñados en la distribución del poder local (Asamblea Municipal del Poder Popular) y central del Estado (Consejo de Ministros, Consejo de Estado, Asamblea Nacional de Poder Popular), y su realización práctica ha sido prácticamente nula. En especial, el controversial tema de las posibles contradicciones de determinados Decretos de Urgencia (Decretos Leyes), en los procesos de creación y modificación normativa por parte del Consejo de Estado no encontraron la realización del mecanismo establecido en el diseño constitucional, y, por ende, no se cuestionó formalmente su legalidad y posible responsabilidad.

Por último, la inexistencia en el ciclo constitucional que cierra, de un mecanismo de control de la inactividad legislativa y que se vislumbra como una posible tendencia del periodo que abre, influye en las limitaciones para fundar la exigencia de daños provenientes de este supuesto de falta de desarrollo de las remisiones constitucionales, en especial, en aquellas previstas para articular el régimen jurídico administrativo.

X. Responsabilidad del Estado por la violación de tratados internacionales

El nuevo texto constitucional del 2019 abre un abanico de posibilidades muy interesantes en la idea de una responsabilidad por la violación de tratados internacionales. A día de hoy

la aplicación en sede judicial de la Convención del Niño y las reglas de Basilea para el acceso a la Justicia de personas con discapacidad conlleva en el contexto del nuevo texto constitucional al pensamiento sobre la necesidad de un mecanismo de recepción de tratados y de defensa de los mismos, sobre todo, porque el artículo 40 de la Constitución de 2019 establece en materia de Derechos Humanos un rango de ley a los Tratados internacionales suscritos por Cuba.

Las tendencias de la responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional Público⁸⁴ hoy ubican dos polos importantes en la responsabilidad por actos ilícitos⁸⁵ y la responsabilidad por daños transfronterizos⁸⁶. De ellos, la primera modalidad con dos vertientes: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁷, y el Derecho Internacional de Inversiones⁸⁸. En Cuba, el desarrollo en esta materia dista aun de la debida articulación de mecanismos de justicia de cara a la exigencia de responsabilidad en este orden; aspecto que está marcado por diversos factores extrajurídicos de política exterior, como es el caso en materia de Derechos Humanos la no pertenencia al mecanismo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por la exclusión histórica de Cuba de la Organización de Estados Americanos.

⁸⁴ Cfr. HERDEGEN, Matthias (2005). *Derecho Internacional Público*. UNAM & Konrad Adenauer, México, p. 411 y ss. REMIROS BRETONS, Antonio (2007). *Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 739 y ss.

⁸⁵ Cfr. DIEZ DE VELAZCO, Manuel (2007). *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Tecnos, 16 Ed., Madrid, p 848 y ss.

⁸⁶ GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso (2014). *Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos*. UNAM, México, 2º Ed., in totum.

⁸⁷ Desde un ámbito general del Derecho internacional Cfr. SERRANO GUZMÁN, Silvia (2015). El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1º Reimp., México. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, Cfr. ALIANAK, Raquel Cynthia (2015). "El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad", en Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 2, n. 1, enero/junio 2015, Santa Fé, pp. 283-300.

⁸⁸ HERDEGEN, Matthias (2012). *Derecho Económico Internacional, trad. pos.*, Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia & Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, p 358 y ss.

No obstante, en este aspecto, existe un canon desde el Derecho internacional de Tratados en cuanto a medidas de reparación y en especial del mecanismo convencional antes aludido, que pudieran ser establecidas como una especie de diálogo jurisprudencial con el orden interno; en especial en la configuración del principio de reparación integral y las formas de reparación por violaciones a los Derechos Humanos.

En el resto de las modalidades, el camino ha de perseguirse hacia su configuración interna y articulación con los respectivos regímenes autocontenidos, toda vez que la actual reforma del sector público ha puesto en la inversión extranjera una mira importante en la actividad administrativa⁸⁹, que se fortalece con la actividad de la Corte Cubana de Arbitraje⁹⁰. Por otra parte, la explotación de recursos de dominio público marítimo por actividades de “of short” puede capitalizar riesgos de los cuáles resulten posibles daños de alto impacto económico y ambiental.

XI. Responsabilidad de los agentes o funcionarios públicos

El referente anterior del actual artículo 98 constitucional (artículo 26 de la Constitución de 1976) contenía en su configuración, elementos indicadores para un sistema de función pública. Sin embargo, el desarrollo normativo del régimen de la función pública en Cuba resultó en exceso limitado, con incluso dos normas jurídicas diversas para regularlo y una marcada tendencia a la laboralización que acentuó las disfuncionalidades desde la diferenciación del status del empleado público, los agentes y funcionarios.

⁸⁹ En tal sentido. Cfr. ODRIOZOLA GUITART, Johana (2016) “La cláusula de trato justo y equitativo en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Acercamiento a su problemática” en MATILLA CORREA, Andry, MOURA AGRA, Walber, DE NOVAES BEZERRA CAVALCANTI, Bruno, (Coord), *El Derecho Público en Perspectiva. I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*, UNIJURIS, La Habana, pp. 258-271,

⁹⁰ Consejo de Estado, Decreto-Ley No. 250 “De La Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”, en Gaceta Oficial Extraordinaria, de fecha 31 de julio DE 2007.

En tal sentido, ni el Decreto Ley 196/1999 ni el Decreto Ley 197/1999, con las respectivas modificaciones generadas por el Decreto ley 251/2006, contienen elementos para imputar los daños provenientes de las acciones u omisiones de agentes y funcionarios, tanto vinculadas al ejercicio de la función pública como desligadas de la misma.

Conforme a ello, desde el orden procesal existen puntos de contacto de la responsabilidad que resultan necesarios acotar, a partir de una regla de conexidad procesal que tiende a jerarquizar las faltas de los funcionarios de carácter graves en la mayor escala dentro de la materia penal, subsumiéndolos en determinados tipos delictivos para tener un cierre en el proceso civil, con pronunciamientos relativos a responsabilidad subsidiaria derivada de aquellas faltas graves calificadas como delitos. A su vez, las faltas de gravedad que no llegan a tipificar figuras delictivas, son llevadas en algunas figuras de agentes en sentido amplio de las administraciones públicas al régimen de derecho laboral, y en otras relaciones funcionariales ni siquiera llegan a la justiciabilidad ante los tribunales.

Así, la gradación del sistema, aunque en la práctica tiende a que los casos de responsabilidad sean tratados desde el ámbito indirecto de la imputación al agente o funcionario, comporta desde su diseño, la posibilidad real de determinación de los niveles de imputación desde el contencioso, garantizando la unidad de jurisdicción y evitando la replicación de conflictos ante la justicia por indebidas acciones múltiples en los diversos órdenes jurisdiccionales.

Desde el orden sustantivo, la práctica jurídica ubicó el artículo 26 de la Constitución- actual 98- en la órbita del artículo 96.1 del Código Civil, hecho con el cual, comentaristas recientes del Código Civil⁹¹, así como las destacadas cultoras del Derecho Penal cubano Goite Pierre, y Méndez López, al valorar las

⁹¹ Cfr. ODRIOZOLA GUITART, Johana, y AGUILAR VILLÁN, Andryth, "Comentarios a los Artículos 95 y 96 del Código Civil", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo, (Coord), Comentarios

interconexiones de responsabilidad civil derivada del delito de agentes y funcionarios del estado contenidas en el Código Civil, reconocen como “(...) la vía normativa para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República, el cual consagra la garantía jurisdiccional general de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos cometidos por sus agentes o funcionarios, aunque no necesariamente deben constituir delitos, puede que algunos de esos actos sean punibles de acuerdo con el Código Penal y generen no solo responsabilidad penal sino también civil, donde en esta última, el Estado responderá”.⁹²

El anclaje de este artículo para la responsabilidad civil derivada del delito resulta un gran inconveniente, pues se rompe el vínculo con el requisito de procedibilidad establecido en el apartado segundo el artículo 96 del Código Civil, dado que, en tal caso, la declaración de ilicitud se produciría en el seno del proceso penal por un órgano jurisdiccional y no por el referido órgano administrativo.

El efecto de esta situación es visible. En supuestos donde la falta no sea suficiente para iniciar un proceso penal como por ejemplo la actividad médica, y el lesionado inste una acción directa contra el agente o funcionario – en contra de la propia naturaleza de la relación jurídica- el juicio de responsabilidad queda ha quedado planteado en vía civil como una responsabilidad desligada del ejercicio de la función pública, o en el mejor de los supuestos contra el ente hospitalario, pero en vía civil⁹³. En el peor de los contextos, la responsabilidad civil derivada del delito conllevaría a la víctima al bregar por el tortuoso camino

al Código Civil Cubano. Tomo I. Preliminares. Libro Primero Relación Jurídica. Volumen III. Artículos del 81 al 126), 1º Ed., Félix Varela, La Habana, Cuba, p 90 y ss.

⁹² GOITE PIERRE, Mayda y MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna (2014). “La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba: una institución entre dos normas”, en MEDINA CUENCA, Arnel (Coord), *Comentarios a las Leyes penales cubanas*, Editorial UNIJURIS, p. 361.

⁹³ Tribunal Supremo Popular, Sala de lo Civil y Administrativo, STS N° 91, de fecha veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, Jueza Ponente: Valdés Rosabal

del procedimiento de ejecución de sentencias ante la caja de resarcimientos, perdiéndose la oportunidad de una reparación pronta e integral pronta y efectiva.

Una interpretación progresiva del art 658 en relación al art. 657.5 (ambos de la LPCALE) permitiría una regla de conexidad definitiva que asentaría la preminencia de la jurisdicción contenciosa por encima del resto cuando se ventilen procesos de este tipo, con excepción de la responsabilidad civil derivada del delito, a nuestro modo de ver, con la necesaria modulación de ser articulada al proceso administrativo en el sentido de sentar reglas de conexidad para los casos en que del proceso penal pueda resultar un pronunciamiento de responsabilidad civil o si por el contrario, este deba de realizarse con independencia de aquel; y en tal sentido, articular las diversas imputaciones que pueden surgir (subjética en el orden penal al agente o funcionario y directa al órgano administrativo en el contencioso), a fin de que pueda ejercitarse la acción de repetición contra al funcionario o agente, articulándola con la regla procedimental prevista en el Decreto Ley 249, de la Responsabilidad material. El reto en este aspecto pasa por una adecuada delimitación de la responsabilidad del funcionario como parte de la Administración Pública y, por ende, responsabilidad patrimonial, y la del funcionario individualizado de aquella, que ha sido la tendencia de desarrollo de la responsabilidad extracontractual prevista en el texto constitucional.

XII. Alcance de la indemnización: daño emergente y lucro cesante

Las bases para la determinación del alcance de la indemnización se sustentan en la propia regulación constitucional. En este caso, el artículo 99 incluye una condicional para la reclamación consistente en la vulneración de derechos y el sufrimiento de un daño o perjuicio; aunque en puridad de términos, la acción prevista en el artículo 98, acaso por omitir este elemento, brinda una cobertura más amplia, pues permite

encauzar tanto las vulneraciones a los derechos como a los intereses legítimos como “derechos en formación”⁹⁴; un aspecto en el cual el artículo 99, acaso por la vocación que lo inspira de mecanismo extraordinario, no tiene en cuenta.

Un aspecto de meridiana importancia en este sentido resulta de la regulación del artículo 99 párrafo segundo, en el cual se define que la norma de desarrollo establecerá los derechos que son objeto de protección de esta garantía. Esta acotación sin dudas tiene dos efectos determinantes. En primer lugar, pone de relieve el hecho de que subyace la teoría de los derechos fundamentales en el texto constitucional si se concatena dicha condición a la protección jurisdiccional promulgada por la doctrina. Y con ello, una gradación de derechos que la propia sistemática del constituyente quiso evitar y superar el enfoque del texto precedente por la noción amplia de Derechos Constitucionales. En segundo lugar, la indefinición de los derechos objeto de dicha protección supone una riesgosa previsión de restricción como una especie de “llave en mano” en la cual el legislador podrá “ajustar” el ámbito de protección que prevé este mecanismo dentro del sistema. Este hecho puede impactar directamente como un efecto de decantación en supuestos de vulneraciones provenientes de actos de poder público sobre el ámbito del artículo 98.

El último elemento de las estructuras normativas de ambas formulaciones resulta la segunda dimensión de este derecho

⁹⁴ MARTÍN – RERTORTILLO BAQUER, Lorenzo (1963). “Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por lesión de los intereses legítimos” en *Revista de Administración Pública*, Núm 42 (septiembre-diciembre), Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1963, 453-456; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (2001). “Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos”. *Revista de Administración Pública*. núm. 154, enero-abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2001, 501-540; SALERNO, Antonella y MORENO FUENTES, Rodrigo (2000). “La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a los «intereses legítimos en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?” *Revista de Administración Pública*, Núm. 152, (mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp.421-456

complejo, el Derecho a obtener reparación o indemnización. La nueva Constitución mantiene la noción de su predecesora y con ello arrastre a nuestro modo de ver, un defecto técnico, ya que la indemnización representa *per se* una de las formas de reparación del daño. En tal sentido, la regulación se desmarca de las tendencias de regulación y sobre todo, de la práctica jurisprudencial de derecho humanos y de la normativa del Derecho Internacional, en el cual se configura el principio de “reparación integral”, en el cual se incluye un amplio catálogo de medidas reparatorias que van en el sentido planteado por el profesor Juan Carlos Henao: “es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante el acaecimiento del daño”⁹⁵; un estándar que se comprueba desde las experiencias de contextos comparados⁹⁶

En tal sentido, se debe asumir que el sistema de reparación previsto en el Código Civil resulta insuficiente en sí hasta para las relaciones jurídicas que regula e inaplicable y, por ende, no supletorio para estos casos. Por ende, a tenor de no contar con un sistema vigente de formas de reparación del Estado que resulte coherente a las necesidades de las regulaciones de los artículos 98 y 99; las normas de desarrollo de ambos artículos deberán atender esta tendencia comparada, que por demás encuentra de una forma desarticulada varios supuestos en nuestro ordenamiento jurídico bajo otra concepción. Así mismo, deberá tenerse en cuenta la observancia de un margen

⁹⁵ HENAO, Juan Carlos (2015). “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, enero- junio de 2015, Colombia, p 286. Cfr. CABRAL, Pablo Octavio (2018). “El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *Revista Derechos en Acción*, Año 3, N° 6, Universidad de la Plata, Argentina, pp. 297-347,

⁹⁶ BAGINSKA, Ewa (2016). “Damages for Violations of Human Rights: A Comparative Analysis”, en BAGINSKA, Ewa, (Editor), *Damages for Violations of Human Rights. A Comparative Study of Domestic Legal Systems*, Springer International Publishing Switzerland, pp 443 y ss.

de apreciación entre ambos sistemas de reparación, de modo que no se generen diferencias significativas que terminen por hacer del mecanismo del artículo 99 un contencioso de reparaciones con un estándar más elevado, pues atacaría la realización de la igualdad ante el acceso de la justicia. Por último, queda el pendiente de la ley de desarrollo el sistema de ejecución de las sentencias que se generen de este recurso, en especial de aquellas vinculadas al derecho al debido proceso que pondrá bajo la lupa de la revisión constante la labor del juez ordinario en esta nueva sede judicial; las cuales, deberán ser articuladas dentro del propio sistema de responsabilidad del artículo 98.

En relación a la valoración económica y a la efectividad del perjuicio, mayores resultan las limitaciones que se vislumbran, pues si bien existen mecanismos probatorios para el caso de los perjuicios patrimoniales y físicos (dentro de los personales), no así resulta cuando se aborda las cuestiones del daño moral, por la indeterminación y resistividad de tales derechos a reducirse a valoraciones pecuniarias, rol en que ni la doctrina, ni desde el ordenamiento jurídico, ni la más avezada jurisprudencia civil y/o administrativa, han sentado pautas sólidas para su valoración pecuniaria y consecuente exigencia. Iguales consideraciones merecen el lucro cesante, el cual no opera como complemento del daño emergente, a pesar de encontrarse previsto en la normativa civil, fuente supletoria de segundo grado de las relaciones en cuestión. Los efectos indemnizatorios solo tienden a lograr una reparación patrimonial muy limitada y poco sistémica, no acorde con el detrimento sufrido por la víctima y las detracciones patrimoniales de las secuelas generadas. Ello, a pesar de la articulación de mecanismos de redistribución social de la riqueza colectiva como la seguridad social, con las diversas tipologías de garantía en ella contenida (*vgr.* certificados médicos, jubilación anticipada por problemas de enfermedad previo peritaje médico), que se complementan con los limitados pronunciamientos sobre responsabilidad civil derivada del delito en que resulten imputables los miembros del equipo médico (gastos de curación, Vid Código Civil),

Tales hechos apuntan a la necesidad de una revisión integral del sistema de prestaciones sociales que conjugue acciones con las exigencias indemnizatorias, garantizando una indemnidad patrimonial integral a presente y futuros por todas las modalidades en que el perjuicio pueda manifestarse. Para ello, un presupuesto de fondo resulta la disponibilidad de recursos financieros de la Administración del Estado (Administración de la Salud y la Administración del Trabajo y la seguridad social) las cuales, en una fórmula de coordinación, o en su defecto, prescindiendo de ese seguro social, cargue al presupuesto de la actividad niveles de ejecución para la incorporación de esta partida de gasto.

XIII. Hacia dónde debe ir la responsabilidad del Estado en Cuba (A modo de conclusiones)

En cuanto a sus fuentes normativas de desarrollo: Ha quedado expresa la necesidad de una norma de desarrollo del artículo 98, que individualice el contenido del ámbito de protección del artículo 99 del texto constitucional, debe regularse bien en una norma general sobre responsabilidad del Estado, o bien, aprovechando la inminente reordenación del proceso administrativo en Cuba, de las normas de organización de la Administración Pública en cada uno de los niveles territoriales del poder público, de la sistematización de los procedimientos administrativos sectoriales en una ley de procedimiento administrativo común, de una ley de servicios públicos, o incluso, desde unas eventuales y necesarias leyes de contratos del sector público o de una ley de expropiación forzosa, por estar en el tronco común de las indemnizaciones de Derecho Público. Desde esos planos internos, se genera la necesidad de articular las reglas de la responsabilidad del Estado con los supuestos en el orden internacional y dote de una coherencia lógica al sistema.

En cuanto a la interpretación del contenido constitucional y la integración de las normas del ordenamiento jurídico: Como expresión de las tendencias comparadas, la vía inminente para

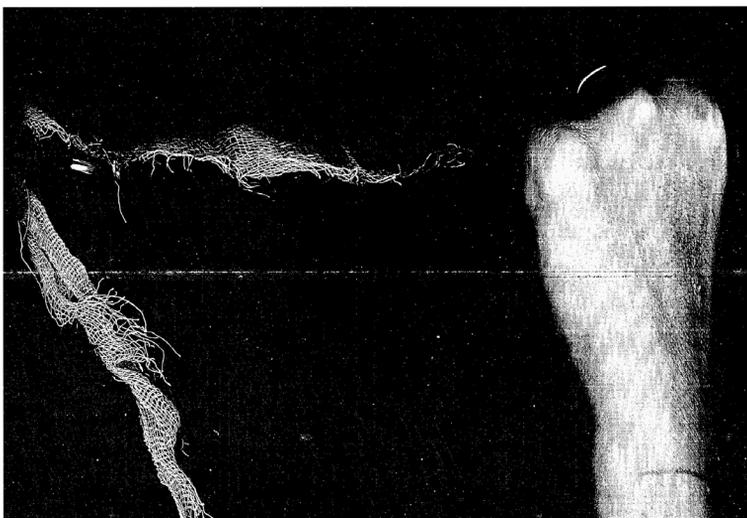
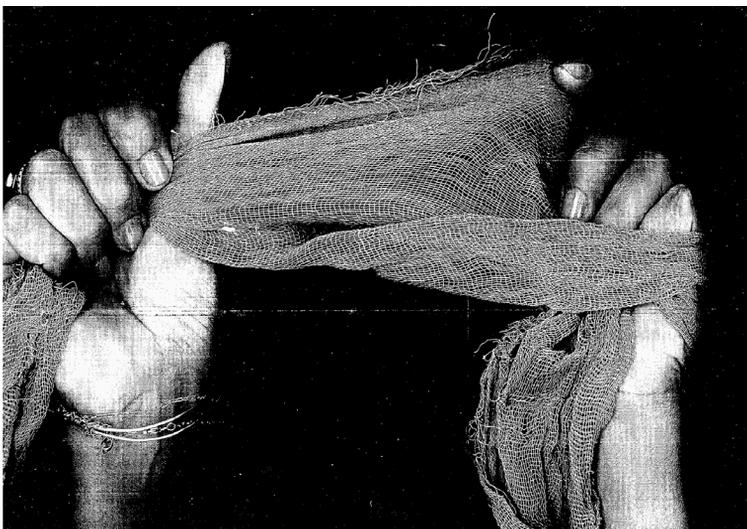
articular un sistema de responsabilidad patrimonial pasa por la labor interpretativa de nuestros órganos judiciales⁹⁷. La necesaria especialización del juez administrativo, la inaplicación de los contenidos previstos en el Código Civil y la resolución de conflictos conforme los elementos y principios propios de esta institución y de su naturaleza jurídica de carácter público figuran como exigencias en pos de construir líneas jurisprudenciales que abran los supuestos de imputación de la responsabilidad y delimiten, como llave en mano, el alcance del principio de responsabilidad del poder público que se articula al derecho a no soportar el daño indebido y exigir la correspondiente indemnización. Así mismo, la construcción de supuestos de imputación, de la interpretación más favorable en el sentido de incluir tanto supuestos de responsabilidad por falta como de responsabilidad sin falta; así como el carácter directo de la naturaleza jurídica del artículo 98 constitucional moldean las bases del pretendido sistema de responsabilidad⁹⁸.

En cuanto a la realización en un plano práctico: Una primera exigencia parte del fomento de una cultura de la responsabilidad, que comience con buenas prácticas precautorias y familiarice a los directivos, funcionarios y empleados del Estado en la prevención de sucesos que pueden resultar lesivos a los derechos e intereses de los administrados. En segundo término, un sistema efectivo de ejecución de sentencias y resoluciones administrativas para casos donde se admita la responsabilidad; articulada a mecanismos financieros de carácter presupuestario o de seguro, que garanticen la pronta reparación por parte de la Administración como sujeto responsable a reservas de las

⁹⁷ En tal sentido, el camino ha sido abierto por la perspectiva de la instrucción 245 del Tribunal Supremo, instruir a las salas administrativas la observancia de elementos configuradores de la responsabilidad. Cfr. Tribunal Supremo Popular, Instrucción No. 245 de 2019, en Gaceta Oficial No. 9 Extraordinaria de 21 de junio de 2019. (GOC-2019-511-EX9)

⁹⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos (2021). "Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la Responsabilidad Patrimonial del Estado", en *Revista de Administración Pública*, N° 214. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, pp. 11-42, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>

posibles acciones de regreso y la individualización de la acción penal. Un tercer elemento, un sistema amplio de formas de reparación, acorde al estándar internacional de los derechos humanos, que exceden la actual ordenación prevista en el Código Civil, inaplicable por demás a este tipo de relaciones. Por último, y tal vez por ello, lo más importante, una garantía de aplicabilidad directa del contenido constitucional a cualquier actuación u omisión del Estado que genere una lesión a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y pueda ser justiciable como parte de este nuevo canon de constitucionalización del proceso, y en concreto, del proceso administrativo.



SECCIÓN ESPECIAL
**PLURALISMO JURÍDICO,
PUEBLOS Y ESTADOS**



Arte de la portada: Julieta Rockera
Título de la obra: *Es tiempo de sanar...*



El derecho de los Pueblos indígenas al uso del propio idioma en sede judicial

The right of indigenous peoples to use their own language in court

*Fernando Kosovsky*¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 605-638

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e527>

Recibido: 25/01/2021

Aprobado: 15/03/2021

Resumen: La libre determinación de los Pueblos indígenas incluye el derecho a usar su propio idioma en los procedimientos judiciales para garantizar la participación indígena en condiciones de igualdad, tanto a nivel individual como colectivo. Este trabajo explica cómo la normativa constitucional y supralegal garantiza a los Pueblos indígenas el uso de su propio idioma en sede judicial impactando de lleno en los sistemas judiciales argentinos donde se viene implementando el sistema adversarial, cuya nota distintiva es que las controversias se dirimen en audiencias orales, públicas, con intermediación e igualdad, lo que exige respetar y garantizar la interculturalidad. Expertos en antropología aportan aquí sólidos fundamentos para que el estado garantice el derecho al uso de la propia lengua de los pueblos indígenas en sede judicial como derecho individual y colectivo por ello indisociablemente asociado al derecho de participación de los pueblos en asuntos que puedan afectar sus intereses como el control de los actos judiciales, por lo que el intérprete debe ser

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AADI) y del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (Gajat). Email: fernando@estudiokos.com.ar.

garantizado por el estado. La casuística exhibe la urgencia de adecuar los sistemas judiciales argentinos para que garanticen efectivamente el respeto de la interculturalidad, dejen atrás la discriminación racial y garanticen la igualdad en un sistema democrático de derecho.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, pueblos indígenas, estados, autode-terminación, idiomas, administración de justicia.

Abstract: Indigenous peoples right to self-determination includes the right to use their own language in judicial procedures to guarantee indigenous participation in equal conditions for the individuals and the collective. This work explains how constitutional and international binding law assures the Indigenous Peoples the use of their own language in courts of justice fully impacts in the Argentinean judicial systems where the adversarial litigation is being implemented, being its distinctive note that the controversies are resolved in oral, public hearings with immediacy and equality, which imposes to respect and assure the interculturality. Experts in anthropology contribute here with solid grounds for the state to guarantee indigenous peoples right to use their own of language as an individual and collective right, hence inseparably associated to the right of people to participate in matters which would affect their rights or interests as the control of the judicial acts. Then, the provision of interpretation must be provided by the state. Case studies exhibits the urgency to accommodate Argentinean judicial systems to effectively respect interculturality, leave racial discrimination behind and assure equality in a democratic state of law.

Keywords: Legal pluralism, indigenous peoples, states, self-determination, languages, administration of justice.

I. Introducción

La interculturalidad interpela a los sistemas judiciales argentinos.

Una de las derivaciones lógicas del derecho de libre determinación de los Pueblos indígenas es su derecho a usar su propio idioma en los procedimientos judiciales para garantizar la participación indígena en condiciones de igualdad.

Sin embargo, el atraso en la adecuación de los sistemas judiciales impacta de lleno en los conflictos que tramitan en la República Argentina donde se viene implementando el sistema adversarial, tanto en el proceso penal – e incipientemente en el proceso civil y en el contencioso-administrativo-.

Una de las notas distintivas del nuevo sistema es que las controversias se dirimen en audiencias orales, públicas, con intermediación entre las partes y el Juez imparcial quien procura garantizar la igualdad entre aquellas.

Decimos que la interculturalidad interpela al sistema porque, casi invariablemente, ese Juez pertenece a la cultura judeo-cristiana, europeo-occidental y hegemónica decidirá conforme a sus pautas, pero ¿Qué sucede cuando las partes pertenecen a otra cultura, entiende el mundo desde otra concepción de la vida -por ejemplo, en el cual la propiedad privada no es el mayor valor social ni el centro de la existencia- y hablan otro idioma?

Ya en la mitad del siglo XX la antropología comenzó a poner en crisis los sistemas monolingüísticos y el derecho internacional fue incorporando como una contribución valiosa el usar el propio idioma de los pueblos indígenas como una libertad fundamental de la persona humana y de los pueblos. En efecto, ese uso está compuesto, inescindiblemente, de un componente individual y de otro colectivo: el derecho subjetivo, el derecho humano fundamental de cada persona indígena a usar su idioma en un procedimiento judicial y del derecho humano fundamental del Pueblo a participar en el mismo procedimiento en condiciones de igualdad.

Lógicamente, ello exige adecuaciones a los sistemas estatales de resolución de conflictos en general y en especial a los sistemas judiciales, adecuaciones que imponen tratados internacionales de derechos humanos y que, según sus principios, deben realizarse con participación y consulta de los mismos pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas. En este ensayo, invito a reflexionar sobre esa adecuación.

Por ello, tras una breve reseña de normas del derecho positivo que han receptado el derecho de los Pueblos indígenas al uso del propio idioma, compartiré en formato de entrevista (revisada, con notas al pie) el contenido de un Informe de una experta antropóloga, la Dra. Claudia Briones en relación a los fundamentos que la ciencias sociales aportan para argumentar jurídicamente la pertinencia y relevancia del uso del propio idioma de los pueblos indígenas para así poder hacer frente a las resistencias de operadores judiciales. Luego, compartiré voces de la doctrina jurídica especializada.

Para ilustrar las resistencias de los sistemas judiciales a respetar y garantizar el uso del propio idioma de los pueblos indígenas y cómo éstos lo han confrontado, haré referencia a los casos “Pelayes” y “Buenuleo”, donde con junto a colegas del GAJAT acompañamos al Pueblo Mapuche litigios en las provincias patagónicas argentinas -Neuquén y Río Negro-, con variantes, rige el sistema adversarial para que se garanticen esos derechos humanos fundamentales.

Por último, a modo de conclusión, aportaré algunos motivos por los que, entiendo, el idioma es una garantía judicial de igualdad y de participación en un sistema democrático de derecho.

II. Normativa: Recepción del derecho de los Pueblos indígenas al uso del propio idioma

Como señalé, el uso del propio idioma en sede judicial es un derecho de los Pueblos indígenas reconocido en el derecho positivo constitucional y supralegal, derivado del principio de libre determinación de los pueblos.

En el año 1994, la Constitución incorporó el derecho a la educación intercultural bilingüe como un derecho de los pueblos indígenas. A diferencia de la multiculturalidad donde varias culturas pueden coexistir sin contactos entre sí, la interculturalidad implica contactos, relaciones y equilibrios entre las diversas

culturas. Es imperioso que el estado adopte medidas positivas para evitar que las culturas hegemónicas sometan, eclipsen y anulen en la práctica a aquellas que fueron históricamente por ellas oprimidas, adoptando el concepto de la igualdad como emancipación.

Estas pautas no son opcionales, sino que son obligaciones internacionales para el estado argentino desde que ratificó mediante la ley 24071 el Convenio 169 OIT que entró en vigencia en el año 2001. La igualdad como principio emancipatorio colectivo e individual está contenida en el artículo 3 establece que “1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminaciones. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminaciones a los hombres y mujeres de esos pueblos...”.

II.1. El derecho al propio idioma y a los intérpretes en los procedimientos judiciales como garantía de igualdad

Son varios los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen a los pueblos indígenas el derecho al uso del propio idioma, en particular, en procedimientos judiciales.

El art. 12 del Convenio 169 de la OIT establece que: *“Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.*

El artículo constituye una aplicación práctica de todas las normas que imponen al Estado y a sus funcionarios el reconocimiento y la protección de la cultura de los pueblos indígenas.

Los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 42 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, que reconocen *“la preexistencia étnica y cultural”* de los pueblos indígenas, y este último, además, a su cultura como *“... contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. ...y le garantiza el ejercicio de*

la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura...”.

El art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporado a la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22) determina que “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial asegura “*El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia*” (art. 5.a) lo que implica “*un servicio de asistencia gratuita de letrados e intérpretes*” para las personas pertenecientes a pueblos indígenas y minorías raciales o étnicas.²

El Convenio 169 de la O.I.T. también establece que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos” (art. 5.a) así como “deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas” (art. 28.3).

El artículo 8 del mismo Convenio establece que:

- “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni

² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Recomendación XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su art. 13 les garantiza el derecho *“a revitalizar, utilizar, fomentar... sus idiomas”* y obliga a los Estados a garantizarles la protección de ese derecho y también a *“asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”*.

Estas normas no agotan el enorme conjunto de disposiciones jurídicas nacionales e internacionales que obligan a respetar la utilización de los idiomas de los pueblos indígenas en los procedimientos judiciales no obstante lo cual son habitualmente ignoradas por los Tribunales argentinos donde está fuertemente arraigada la cultura de la discriminación racial, especialmente en el ámbito de la justicia penal.

Ahora bien: ¿Cuándo son necesarios los servicios de interpretación que el art. 13 de la Declaración impone proporcionar a los estados? ¿Quién y cómo se determina tal necesidad? ¿Qué derechos y garantías están en juego ante la ausencia de un intérprete?

En el caso “CODECI” (2006), el STJ RN desarrolló ampliamente el principio de igualdad real. Desde entonces, la doctrina jurídica especializada ha ampliado el horizonte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, planteando que ese principio debe abarcar las circunstancias y el contexto histórico, postulando al principio de la igualdad como emancipación, el cual dota a los sistemas jurídicos de una mayor capacidad para

corregir los desajustes de sociedades desiguales en el abordaje de los conflictos.

Este principio, “pro emancipación”, operaría entonces jerarquizando valores sin una pretensión de universalidad, evaluando cada situación en su contexto y aportando criterios objetivos fundados en el análisis de las condiciones históricas que se presenten. (Ramírez, 2018, Pag. 10-11; 21; 55, 62).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 3 de abril de 2020 publicó su sentencia del 6 de febrero de ese mismo año (Fondo, Reparaciones y Costas) respecto del Caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”³, ordenándole al estado realizar en un plazo máximo de seis meses publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial, así como actos de difusión de este último documento, inclusive por emisiones de radio, en lenguas indígenas y en español, con la debida participación indígena en la realización de las comunidades indígenas del caso en las traducciones y difusiones (párrafos 348 y 349 de la sentencia)⁴.

³ Ver detalles en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf y en <https://www.cels.org.ar/web/2020/04/la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-condeno-al-estado-argentino-y-fallo-a-favor-de-las-comunidades-indigenas-saltenas/>

⁴ Conviene reproducir aquí dichos textos. Así, el párrafo 348 sostiene: “... La Corte estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos, que en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia el Estado: a) publique en un tamaño de letra legible y adecuado la presente Sentencia en su integridad, de modo que esté disponible por un período de al menos un año en el sitio web oficial del INAI y en la página de la Gobernación de Salta, de manera accesible al público desde las respectivas páginas de inicio; b) publique en un tamaño de letra legible y adecuado, en idioma español, el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en: i) el Boletín Oficial de la República Argentina, ii) el Boletín oficial de la Provincia de Salta, iii) un diario de circulación provincial en Salta, y iv) un diario de amplia circulación nacional; c) difunda el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, en lenguas indígenas y en español, entre la población que habita actualmente los lotes 14 y 55, inclusive cada una de las comunidades víctimas. A fin de cumplir lo último ordenado, el Estado tendrá a su cargo la traducción del resumen oficial de esta Sentencia, pero deberá consensuar con los representantes las lenguas indígenas a las que se traducirá el resumen, y posibilitar que estos verifiquen, antes de su difusión, la corrección de las traducciones. Además, el Estado deberá comunicar a los representantes con una semana de anticipación la realización de las

La Corte interpretó "... el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura" (Par. 240)⁵.

publicaciones dispuestas en los puntos a) y b) precedentes, así como los actos de difusión dispuestos en el punto c)...". Y el Párrafo 349: "... Asimismo, la Corte considera pertinente, tal como lo ha dispuesto en otros casos³³⁰, que el Estado difunda, a través de una emisora radial de amplia cobertura, que alcance a toda la extensión de los lotes fiscales 14 y 15 del Departamento de Rivadavia en la Provincia de Salta, el resumen oficial de la Sentencia, en español y, previo consenso con los representantes, en lenguas de las comunidades indígenas víctimas. La transmisión radial deberá efectuarse cada primer domingo de mes al menos durante cuatro meses, después de las 8:00 hs. y antes de las 22:00 hs. Dos semanas antes de que el Estado realice la primera acción de radiodifusión deberá comunicar por escrito a esta Corte y a los representantes la fecha, horario y emisora en que efectuará tal acto. El Estado deberá cumplir con esta medida dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. Argentina deberá comunicar de forma inmediata a esta Corte una vez que haya procedido a realizar cada una de las transmisiones radiales dispuestas en este párrafo y de las publicaciones ordenadas en el párrafo anterior...".

⁵ Es posible señalar, en el mismo sentido que lo indicado, los conceptos referidos por UNESCO (supra párrs. 237 y 238), el Comité de Derechos Humanos y el Comité DESC. El Comité de Derechos Humanos, respecto al artículo 27 del PIDCP (supra, párr. 234), ha expresado que "no se debe negar a las personas que pertenezcan a [...] minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural" (Comité de Derechos Humanos. Observación General 23. Derecho de las minorías (artículo 27), párr 5). En la misma línea, el Comité DESC, explicando el artículo 15.1.a. del PIDESC (supra, párr. 234), indicó que "la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia humana. La expresión 'vida cultural' hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro". Agregó que la "cultura", en el sentido pertinente, abarca "las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas". Además, señaló

Durante las audiencias del caso, hubo intérpretes en lenguas indígenas.

II.2. En la sala de audiencias. El idioma, garantía de participación. Traducción e interpretación

La traducción y la interpretación facilitan el un proceso de comunicación en un idioma diferente pero no son lo mismo. Es habitual la confusión de abogados, fiscales y jueces, por lo que merece una explicación.

La traducción nos permite comprender, por medio del lenguaje escrito, el mensaje escrito originado en otro idioma. El texto del idioma original es traducido al idioma del receptor por el traductor. Los traductores públicos tienen tal capacidad en el sistema legal argentino. El doblaje y el subtulado que vemos en las pantallas de cine o tv son traducciones del idioma original.

La interpretación tiene en la simultaneidad uno de sus componentes distintivos; el otro que lo diferencia de la traducción, es la competencia del intérprete: además de conocer el idioma, el intérprete debe tener competencias comunicativas que le permitan comprender la cultura del emisor del mensaje para decodificarlo y ponerlo en términos que el lenguaje de los

que “[l]a participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a [...] identificarse o no con una o con varias comunidades, [...] y a ejercer sus propias prácticas culturales”; que “[e]l acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho [...] a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades”. Agregó que la “contribución a la vida cultural” es una expresión que se refiere al derecho de toda persona a, entre otros aspectos, “participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece”. (Comité DESC. Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 11. 13 y 15.)

oyentes que no conocen esa cultura puedan comprenderlo en el mismo momento.

En las audiencias públicas de los juicios adversariales, cuya esencia es la inmediación, lógicamente, lo esencial es poder entender lo que se ve, lo que se oye, lo que se siente “en vivo” en la sala de audiencia y por eso el intérprete es la figura insoslayable para que el juez, las partes y el público comprendan a quien usa el idioma no oficial. Si el intérprete es quien permite comprender a quien utiliza el idioma no oficial y viceversa, a quien utiliza el idioma no oficial comprender a los hablantes del idioma oficial, la interpretación es una figura para asegurar igualdad y la participación efectiva en un juicio.

Subtitular una audiencia desnaturaliza el principio de inmediación y discrimina a quienes no hablan el idioma oficial que deben esperar a la traducción para poder acceder a la información que las demás partes ya tuvieron. Si tenemos en cuenta que en el sistema adversarial las oportunidades para objetar una pregunta en un examen a un testigo o a un experto o una impugnación -ej. Reposición- deben ejercerse en el momento, notamos las consecuencias disvaliosas del trato desigual en el derecho de los pueblos indígenas al uso del propio idioma en sede judicial.

Es que, justamente, poder usar su idioma es uno de los elementos esenciales de la identidad de los pueblos. Ello se vincula con el derecho de participación en condiciones de igualdad que reconoce el art. 3 del Convenio 169 de la OIT cuya aplicación general está prevista en art. 6 del Convenio que reconocen el derecho de los pueblos indígenas de participar en cualquier asunto que pueda afectar su interés.

En un trabajo de reciente publicación de la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena hemos abordado las dificultades de la aplicación judicial del derecho de consulta (Kosovsky, 2020) y los laberintos para que los estados garanticen la participación indígena (Salgado, 2020, P. 107-120) como mecanismo de respeto de la libre determinación de los pueblos y promoción de la interculturalidad.

II.3. La libre determinación de los pueblos y la interculturalidad

Los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se asientan en los principios de autonomía y libre determinación, que en los términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas: “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” y en su ejercicio “tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas” (artículos 3 y 4).

Estos principios consagrados en la Constitución y a los tratados de derechos humanos son sistemáticamente desconocidos en las actuaciones estatales frente a los pueblos indígenas en todos los niveles.

Al analizar la aplicación judicial del derecho al idioma veremos cómo el anacrónico paradigma del sometimiento cultural es la normalidad racista que impera en la lógica judicial argentina al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas en materia del idioma y la participación de los pueblos indígenas en los procedimientos judiciales.

Es por ello que la doctrina especializada⁶ propone institucionalizar la participación como una solución imperiosa, en tanto la consulta y la participación son esenciales para garantizar el cumplimiento de todos los derechos de los pueblos indígenas que sólo pueden hacerse efectivos si el Estado establece formas de participación institucional en todas las decisiones que afectan a los pueblos indígenas, en forma permanente y por medio de los organismos representativos de dichos pueblos.

Como apunta Salgado, en general, ni a nivel nacional, ni las legislaturas provinciales, ni los concejos deliberantes municipales han establecido instituciones permanentes y efectivas

⁶ Ver por ejemplo, el mismo Juan Manuel Salgado (2020, P.108-110), donde cita las Observaciones Generales de la Comisión de Expertos de la O.I.T. referidas a la obligación de consultar del Convenio 169, publicadas en los años 2009 y 2011; Comisión de Expertos de la O.I.T.

de participación, integradas por representantes de los pueblos indígenas. A ello agrego que, salvo experiencias aisladas, tampoco el poder judicial institucionalizó la participación indígena: no hay jueces, fiscales ni defensores indígenas.

II.4. La justificación del intérprete intercultural

Como abogado defensor, para justificar la pertinencia y relevancia del intérprete intercultural en un caso judicial en el que se había denegado su admisión a un imputado indígena que es una autoridad del Pueblo Mapuche requerí a la Dra. Claudia Briones, que en su calidad de experta⁷ produjera un Informe (Briones, 2020). En su informe, propone un marco teórico general de evaluación general donde estructura dos tipos de problematizaciones y análisis: por un lado, el de las ideologías lingüísticas desde las cuales se debate la posibilidad de expresarse en su propio idioma y, por el otro, el del propio significado y valor asignado por cada pueblo particular a su propia lengua, en este caso, el pueblo mapuche.

Para amenizar su lectura, comparto en formato de entrevista la explicación del informe de Briones cuyo informe reseño pocos conceptos clave para el punto bajo examen, y que constituyen principios básicos de todo encuadre sociocultural del discurso emprendido desde las Ciencias Antropológicas.

III. Ciencias sociales: fundamentos para argumentar jurídicamente la pertinencia y relevancia del uso del propio idioma de los pueblos indígenas. Entrevista a la Dra. Claudia Briones

Fernando Kosovsky (FK): ¿Qué son las ideologías lingüísticas?

Claudia Briones (CB): Las ideologías lingüísticas son “sistemas de ideas que articulan nociones del lenguaje, las lenguas, el

⁷ Doctora en antropología (Ph.d) e Investigadora Principal del CONICET en el Instituto de Investigaciones en Diversidad Cultural y Procesos de Cambio (IIDyPCa).

habla y/o la comunicación con formaciones culturales, políticas y/o sociales específicas (...) que se producen y reproducen en el ámbito material de las prácticas lingüísticas y metalingüísticas” (Del Valle 2007, P. 20). En otras palabras, preconceptos sobre lo que las lenguas son y hacen, o permiten hacer.

FK: ¿Qué es el “giro discursivo”?

CB: Ferdinand de Saussure (1965), hace evidentes las complejas relaciones entre lengua o *langue* (sistema de signos) y habla o *parole* (manifestación particular de ese sistema en el acto de comunicación). Pero es sobre todo con el llamado “giro discursivo” y el predominio de los enfoques pragmáticos en las Ciencias Sociales que se pasa de un paradigma que ponía las ideas y la introspección racional en el centro de la observación certera del mundo, a otro que prioriza la observación y el análisis de los discursos en sus contextos (Duranti, 2000).

FK: ¿Qué funciones prácticas cumple el lenguaje?

CB: Fairclough (1992) indica que toda enunciación debe verse simultáneamente como una práctica textual, una práctica discursiva y una práctica social.

FK: ¿Cuáles son las imposiciones lingüísticas?

CB: Hay que prestar atención a qué y cómo se dice lo que se dice (texto); a cómo la enunciación se da en una situación particular que la afecta es afectada por ella (discurso); y que todo acto de habla es una práctica social que queda enmarcada por los contextos socioculturales y sociopolíticos más amplios, atravesados por ideologías lingüísticas hegemónicas que jerarquizan las distintas lenguas en uso, imponen idiomas nacionales a todos los habitantes por igual, establecen varas asimétricas para juzgar y valorar el decir y lo dicho de diversos hablantes. Por ello, así como en toda sociedad existen desigualdades sociales que violentan el margen de acción disponible para quienes quedan en posiciones subalternas, ese mismo violentamiento se expresa y recrea a través de las imposiciones lingüísticas

FK: ¿Cómo opera (expresa y reproduce) el discurso las relaciones de poder?

CB: Teun Van Dijk (2001, 2009) argumenta que es también en el discurso y los intercambios discursivos que las relaciones de poder se expresan y reproducen (2009). También, que es en y a través del discurso que las élites políticas, burocráticas, corporativas, mediáticas, educativas controlan las dimensiones y decisiones más cruciales de la vida cotidiana de las minorías, y materializan el racismo (2001).

FK: ¿Cuáles son las funciones del discurso?

CB: Norman Fairclough (*op. cit.*) destaca a su vez que el uso del lenguaje, como práctica textual, discursiva y social, lejos está de tener una función instrumental de transmisión de información. Por el contrario, todo acto de habla cumple simultáneamente tres funciones. A saber, una función relacional, una identitaria y otra representacional. Si la *función relacional* construye las relaciones sociales entre hablantes como simétricas o asimétricas, como hostiles o íntimas, la *función identitaria* expresa pertenencias y opera las distinciones y vínculos esperables entre propios y ajenos. La *función representacional*, por su parte, expresa cosmovisiones o visiones del mundo.

FK: ¿Cuál es la diferencia entre competencia lingüística y competencia comunicativa?

CB: Cuando el uso de dos lenguas se pone en relación, resulta imprescindible reconocer la diferencia entre competencia lingüística y competencia comunicativa. La *competencia lingüística* es la habilidad de usar y manipular las reglas fijas de una lengua y se establece desde parámetros de valoración en torno a la gramaticalidad de las enunciaciones. Por el contrario, la *competencia comunicativa* es la habilidad de usar el idioma dentro de la comunicación, esto es, expresar una variedad de palabras de manera apropiada para cada situación. Se puede entonces tener cierta competencia lingüística en una segunda lengua, pero no

la competencia comunicativa para participar de modo acorde a la forma de interacción social propuesta (Gumperz 1972; Hymes 1971 y 1972). Esto es, la competencia comunicativa está siempre socioculturalmente condicionada y es lo que incide en las posibilidades de concretar una *performance* (Lyons 1996) o escenificación social que para la audiencia resulte apropiada y para quien la realiza resulte cómoda y no violentante.

Si la diferencia entre competencia lingüística y competencia comunicativa que habilita distintos tipos de performances en una misma situación social deviene criterio clave al momento de crear y valorar condiciones de equidad comunicativa, esos conceptos se complejizan en contextos que ponen en juego y uso más de una lengua, y complejizan a su vez la propia definición de *bilingüismo*, que no puede considerarse sin más como competencia lingüística equivalente en dos lenguas. Esto es, se puede poder hablar ambas, pero con muy distinto grado de competencia comunicativa y desde muy distintos *repertorios lingüísticos*, lo que a menudo pone a quien es forzado a usar su segunda lengua en situación de desventaja social. Por eso Blommaert (2010) habla de “repertorios truncados”, para llamar la atención a que en contextos multilingües los recursos con que cuenta quien no habla su lengua materna tenderán a ser considerados y/o vividos siempre como incompletos, disímiles, fragmentados, lo que potencia situaciones de discriminación, a la par de poner en inferioridad enunciativa al hablante. Blommaert y Backus (2011) por su parte plantean que la justa apreciación de los repertorios disponibles para cada cual sólo puede darse en función de las biografías de los hablantes, pues se van componiendo a partir de las diferentes experiencias de vida, lugares de procedencia, etc. Por eso Sichra (2005) propone hablar de “bilingüismo situado”, porque el uso de dos lenguas nunca puede considerarse una capacidad homogéneamente distribuida, sino que debe ser enmarcada en la situación social vivida y construida por hablantes cuyos usos lingüísticos quedan siempre definidos por y desde sus actitudes e identidad.

FK: ¿La oficina judicial de Bariloche denegó la solicitud de un intérprete en Mapuzungun porque los imputados hablan y entienden el castellano? ¿Esa decisión, respetó el derecho a la libertad de expresión? ¿Por qué?

CB: A partir de estas nociones, Gandulfo (2020) propone no hablar de bilingüismo sino pensar los desempeños en términos de un “continuum lingüístico” entre dos lenguas, con posibilidades de muy dispar competencia comunicativa en ambas. Por tanto, no se puede juzgar de modo simple quién es o no es “bilingüe”, sino anticipar y habilitar dispares competencias comunicativas desde un determinado “continuum lingüístico” y habilitar su uso para no vulnerar el derecho de expresión.

Así, cuando estas materialidades y circunstancias de las prácticas discursivas no son ni reconocidas ni debidamente evaluadas desde una ideología lingüística esencializante, los contextos de convivencia devienen diglósicos⁸.

Por ello, los derechos lingüísticos -que son tanto individuales como colectivos- apuntan a proteger no solo el derecho humano a hablar sin condicionamientos de contenido ni de forma e instrumento de expresión (uso de lengua específica), sino también las convivencias basadas en la coexistencia real de la diversidad lingüística (Hamel 1995).

FK: ¿Qué estudios hay sobre el idioma Mapuche?

CB: El idioma mapuche tiene un registro y estudio intenso desde los primeros momentos de la conquista (Salas 2003). En paralelo a su gramática, hay disponibles numerosas antologías. Sin embargo, no es desde el punto de la lengua como sistema

⁸ Se define como diglósica toda situación en la que en una comunidad de hablantes coexisten dos o más lenguas o variantes de lengua de las cuales una goza de mayor prestigio social que la/s otra/s y, por imponerse, acaba limitando el uso de la propia lengua a ámbitos o circunstancias acotados. Por eso se entiende que la diglosia conforma una censura al derecho de libre expresión. Aun así y como detalla Fishman (1967), debe entenderse que las relaciones del bilingüismo con la diglosia son complejas.

de signos sino desde el habla como práctica que produce efectos que hay distintas cuestiones a examinar.

Tanto las primeras gramáticas y comentarios de período colonial temprano sobre el idioma mapuche de las que disponemos, como variadas etnografías del habla contemporáneas, destacan la importancia y alta valoración asignada a la buena oratoria en *mapunzugun*. Esa oratoria a su vez se diversifica desde una teoría mapuche del discurso que reconoce claramente muy distintos géneros discursivos apropiados para distintas situaciones sociales (*chalitun*, *pentukuwün*, *ngütram*, *epew*, *koyautun*, *tayil*, *konawül*, etc.). Cada uno de estos géneros define las competencias requeridas de las performances que habilita, crea relación social entre hablantes y audiencias, tiene sus propios criterios de evaluación, de toma de turnos, o estándares respecto del valor de verdad de lo dicho y de la relación del enunciador con ello.

FK: ¿Qué son los especialistas?

CB: Los especialistas son conocedores en aspectos variados de la cultura que recurren a su vez a esos diversos géneros discursivos desde particularidades que hacen a su rol. Así como un/a *machi* (consejero/a que asegura el bienestar físico, mental y espiritual de las personas) debe cultivar géneros discursivos no disponibles para otros hablantes, un/a *logko* o jefe político-espiritual tiene que intervenir discursivamente en diferentes ocasiones clave de la vida social, pues es eso lo que materializa y se demanda de su rol de líder. Está asimismo el *ngenpin*, especialista en “guardar la palabra” o la memoria, para compartirla en los momentos adecuados con distintas audiencias, siendo quien asesora sobre filosofía, espiritualidad, ciencia y sabiduría ancestral y el responsable de proyectar y proteger dichos conocimientos, como quien relata a los niños/as distintas historias que los introducen a los conocimientos propios.

Muchos de esos especialistas precisan de *intérpretes*, cuya función no es traducir, sino adecuar el repertorio lingüístico

que solo maneja el especialista a las audiencias propias de la situación social en que ese especialista se desempeña. Esto no es solo propio de las prácticas de *machitun* (todo/a *machi* tiene su propio *zungumachife*), sino que ha sido extensamente documentado en las ocasiones de celebrar tratados coloniales y republicanos, donde todo *logko* -aun sabiendo hablar castellano- iba acompañado de su “lenguaraz”.

En todo caso, la necesidad e importancia de los intérpretes sólo se comprenden a la luz de la filosofía mapuche del lenguaje en dos aspectos clave.

Primero, el decir correcto, *küme chi zugnu* o buena palabra, no solo comunica, sino que actualiza o hace presentes los distintos “vivientes” mencionados en y por el discurso. Como una vez nos dijo un *kimche* (maestro o sabio) respecto de por qué había siempre que decir de quién se había aprendido o escuchado algo: “yo los cito a ellos, porque cuando uno conversa, llegan ellos, porque los siente en la espalda”. En este caso, se refería al *püllü* o espíritu de sus mayores de quienes -según explicó- recibió todo su *kimün* o sabiduría aunque eran analfabetos.

Segundo, los distintos especialistas deben esforzarse por aprender su rol, pero no lo eligen, les viene dado por destino. Así, lo que cada persona *es* proviene de su *küpalme*. En este sentido, el mismo *kimche* nos explicaba que él podría hacer de *ngillatufe* (oficiante de la rogativa), por su buen *mapunzungun* y porque, habiendo asistido a muchas, conoce el qué y cómo hacer. Sin embargo, él no está destinado a ser *ngillatufe*, por lo que sus enunciaciones, su decir, nunca podrían producir los mismos efectos que el *mapunzungun* produce cuando es usado por quien nació destinado a ser *ngillatufe*.

En otras palabras, los intérpretes son necesarios porque comunican a la audiencia lo que el especialista quiere transmitirle, pero su manera de expresarse necesariamente debe transformar lo que sólo el especialista puede “hacer” al decir, en términos de hacer presentes los distintos vivientes invocados.

FK: ¿Qué rol tiene un especialista en Mapuzungun en un proceso judicial?

CB: Sin duda, las declaraciones en el marco de acciones procesales son un ámbito diferente y relativamente novedoso para los hablantes de *mapunzungun*, pues no solo incorporan interlocutores no mapuche --como ocurría con los contextos de firma de tratados (Briones y Carrasco 2000)-, sino que se desarrollan en un contexto social y en medio de prácticas discursivas completamente ajenas. En verdad, el discurso y la ritualidad jurídicas son ajenos para la mayor parte de la población. Sin embargo, como en toda situación social, la palabra no circula solamente desde y hacia los operadores jurídicos, pues puede haber en el auditorio otros mapuche a quienes los declarantes inevitablemente se están dirigiendo y se quieren dirigir⁹.¹⁰ En estos casos, es probable que el uso del *mapunzungun* no solo busque introducir en una situación ajena un mínimo de las pautas de etiqueta mapuche usando los géneros discursivos apropiados (como el *chalitun* o saludo de presentación de cada persona donde se explicita su *küpalme* y *tuwün*), sino también testimoniar de modo de que sus acciones sean públicas y entendibles para ese auditorio que comparte el mismo idioma y etiqueta. Así, el rol de intérpretes avezados no sólo operaría en la dirección de expresar de maneras entendibles para el declarante las prácticas discursivas de los operadores jurídicos, sino también en la de comunicar de maneras que puedan hacerse públicas y accesibles para distintas audiencias lo que el declarante “hace” con su decir.

⁹ Desde la perspectiva mapuche, una acción individual puede influir en el bienestar del conjunto y un yerro colectivo puede enfermar a una persona particular. En este sentido, para una persona mapuche que llega a juicio puede resultar igualmente importante aclarar su accionar ante el Tribunal, como ante quienes forman parte de su familia, comunidad y Pueblo. Por ello, la mayor parte de las instancias que el Poder Judicial considera afectando a personas particulares, para el testimoniante mapuche se ven como involucrando a colectivos más vastos, ante los cuales debe también poder expresar y dejar clara su declaración.

FK: ¿Qué implicancias tiene la ausencia de intérprete en Mapuzungun en una audiencia judicial en la que interviene un Mapuche en general y un Lonko en particular?

CB: La filosofía mapuche del lenguaje atribuye al *mapunzungun* como “idioma de los vivientes de la tierra” capacidades que una ideología lingüística objetivista no advierte ni toma en consideración. Más allá del poder diferencial de la palabra de las distintas autoridades ancestrales del pueblo mapuche¹⁰, es previsible que distintos hablantes -comprendan y/o manejen el castellano con distintas competencias comunicativas- busquen expresar a través del idioma propio una pertenencia (función identitaria de las prácticas discursivas), cierta manera de concebir y proponer relaciones sociales (función relacional), y maneras de ver el mundo y las cosas (función representacional) para distintas audiencias a la vez.

FK: ¿Cómo afectaría la imposición de un único código lingüístico a un imputado Mapuche?

CB: En estos casos, la imposición de un único código lingüístico no afecta simplemente las posibilidades de comprensión de lo que está ocurriendo, sino las de expresar la identidad propia, las maneras de concebir y buscar encauzar las relaciones e interacciones sociales según la etiqueta mapuche, así como ciertas conceptualizaciones que no tienen una traducción lineal. Es en este sentido que la imposición de un único idioma opera una violencia epistémica (Castro Gómez, 2000) que en Ciencias Sociales queda definida como epistemicidio (Souza Santos, 2010).

Aunque no todas las diferencias culturales pueden encontrar equivalencias, en una situación que reconozca y respete su carácter intercultural, corresponde que las mismas puedan

¹⁰ Un *logko*, *machi* o *genpin*, tienen un rol y funciones asociados al conocimiento especialmente profundo de la filosofía mapuche, refieren a vínculos con las fuerzas del territorio y los espíritus de los ancestros, tiene capacidad de levantar ceremonias y a la guía espiritual y/o política de las personas y familias mapuche.

al menos comunicarse libremente, de modo de no censurar la libertad de expresión ni neutralizar la diversidad lingüística. Los intérpretes avezados son quienes sabrían y podrían maniobrar entre los bordes culturales, epistemológicos y ontológicos que son propios de esas situaciones.

IV. Doctrina jurídica: opiniones con relación al uso del propio idioma en sede judicial

Manuel Moreira (2009, pag. 200) sostiene: “... es prácticamente desconocido por los jueces con competencia penal que continúan aferrados a los Códigos de Procedimientos locales, donde el indígena no aparece y solamente en algunos casos se tiene en cuenta el idioma y la necesidad de un intérprete”. Los pueblos indígenas son una de las excepciones a la regla del que los actos procesales deben ser cumplidos en el idioma oficial bajo pena de nulidad.

Los indígenas poseen “... el derecho de que se hable en su idioma, entienda o no entienda el idioma oficial”. Es el caso del sujeto procesal cuyo idioma ha sido declarado promovido por el estado y en consecuencia adquiere un derecho diferente de aquel que revela un impedimento para hablar o hacerse entender. Así lo impone el art. 28.3 del Convenio 169 de la OIT. Su uso no es obligatorio, sino que se deja a voluntad de sus usuarios. En cambio, el Estado tiene la obligación de garantizar a sus hablantes el uso del mismo, comunicarse con ellos en ese idioma, dado su tipo promocional y fomentar su conocimiento, divulgación y uso. Tal es la interpretación conjunta del art.75.17 CN 2º párrafo en el que enlaza la garantía del respeto a la educación bilingüe e intercultural, complementariamente a lo que ya sostenía la ley 23.302 arts.- 14-16 y la ley federal de educación 24195-93. “No existe ninguna duda sobre el estatus de las lenguas indígenas en nuestro país y sin embargo en los tribunales, cuando un indígena es juzgado o participa de un proceso como testigo, se usa el intérprete como si fuese el hablante de un idioma extranjero “respetado” o “permitido”.

“Así, se ignoran claras disposiciones legales, que concurren dentro de una interpretación sistemática de la ley procesal y que hacen al debido proceso y a la igualdad ante la ley”. Ello es “... fuente de una desigualdad notoria, al colocar al indígena en una posición asimétrica, privándolo de un derecho reconocido por normas supralegales, como lo establece, expresamente el art. 12 del Convenio 169 de la OIT (Moreira 2009, P. 202-3).

Esta posición es compartida por Hualpa (2014, pp. 209 y ss.) al describir el impacto de la reforma constitucional de 1994 y del Convenio 169 de la OIT, y en especial, en materia penal, explica que “El derecho del imputado a tener un intérprete para expresarse en el idioma materno surge de instrumentos de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.a) el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.a y f.-). La última frase del art. 12 del Convenio 169 de la OIT, ...en el mismo sentido se expresa el art. 13.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.

Es importante destacar que aunque la previsión de intérpretes para toda persona que imputada de un delito, la garantía resulta más intensa para los miembros de los pueblos indígenas, ya que en este caso no se encuentra limitado por la condición de ignorar el idioma oficial ya que como bien explican Gomiz y Salgado: “... la cláusula constitucional y el principio de no discriminación implican que los miembros de los pueblos indígenas deben poder expresarse con la misma soltura al hablar con que se manifiestan los ciudadanos no indígenas...” (Gomiz y Salgado, 2010)

María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado (2010) en su comentario al Convenio 169 de la OIT también apuntan, sobre el art. 28 que el apartado 3 impone una obligación fuerte sobre los estados, que deberán adoptar medidas apropiadas para proteger los lenguajes indígenas, a los que el Convenio 169 les reconoce un valor propio como consecuencia de la positiva consideración de la diversidad lingüística. Esta protección

debe ser realizada promoviendo su desarrollo y práctica. Entre las medidas necesarias se encuentra el reconocimiento de los lenguajes indígenas como idiomas oficiales, o al menos el derecho de los pueblos indígenas a que sus comunicaciones con el Estado se realicen en sus idiomas (artículos 4 y 5 del Convenio), aun cuando tengan cierto dominio del lenguaje oficial.

V. Estado del debate en sede judicial

Como antecedentes previos a la incorporación del sistema adversarial, me remito a los casos citados por Eduardo Hualpa en el Capítulo X “Derechos en relación al sistema penal”, Pág. 248 y ss de la citada obra, en el apartado A. Derecho al intérprete, en los que cita la Causa “Díaz” (STJ Chaco, “Díaz, Roberto s/ Homicidio” (25/11/99); el caso “Torales Vega” del STJ Formosa, “Torales Vega, Hilario, Torrent Carlos Ovidio s/ Homicidio – Vega, Lucio s/ Homicidio gdo. Tentativa” (24/11/05) que analiza en el punto X.C.2 de su libro donde la Cámara Segunda en lo Criminal de Formosa designó a un intérprete Qom para que se expresen los imputados, luego consideró que el mismo había incurrido en falso testimonio, lo que motivó que el Ministro del Superior Tribunal de Justicia Ariel Coll, considerara que el Tribunal dudaba de la asistencia del acusado, lo que por la grave y directa violación a la defensa en juicio determinaba la declaración de nulidad aún de oficio, de la condena dictada. El voto, que conformó la mayoría por fundamentos propios, da cuenta del valor de asignado por el ordenamiento jurídico a la designación y labor de los intérpretes en causas en las que los imputados son miembros de un pueblo indígena. Recuerda además la sentencia del Juzgado Correccional de Zapala, “Añiñil, Pablo y otros s/ Usurpación en concurso ideal con desobediencia a una orden judicial y s/ impedimento de un acto funcional”, (providencia de fecha 26/10/2009) una jueza negó a procesados indígenas el derecho a expresarse en mapuche ya que no se trataba del “idioma nacional. La negativa de designación fue considerada por la defensa como un acto de discriminación

racial. La repercusión mediática de la negativa motivó a la Cámara de Apelaciones a aceptar la recusación, no por admitir la alegación de discriminación sino por entender que el nivel público de confrontación podía poner en duda la apariencia de imparcialidad.

V.1. El caso “Pelayes”

En el caso “Palayes”, tres personas integrantes del Pueblo Mapuche habían sido acusadas por hechos ocurridos en diciembre de 2012 en Zapala, Neuquén, donde se dictó una orden judicial para que integrantes de la comunidad Winkul Nehuen no obstaculizaran el paso en el paraje Portezuelo a la empresa petrolera Apache. Según la acusación, la oficial de justicia, Pelayes, habría sido agredida al momento de la notificación.

El Fiscal y la querrela solicitaron audiencia para formular cargos a los imputados que encuadró como tentativa de homicidio y daños agravados en perjuicio de la víctima.

La defensa planteó que, si bien los imputados entienden el castellano -idioma oficial- solicitaron un intérprete en mapuzugún –la lengua mapuche- como parte de la garantía de igualdad en el proceso, del derecho a la identidad y en reconocimiento de la preexistencia de las comunidades originarias e indígenas en el país para poder así controlar los actos del proceso.

La petición, denegada por el juez de garantías, fue impugnada por la defensa de los imputados Mapuche que el Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén¹¹, por mayoría, hizo lugar a la misma.

En este fallo el Tribunal reivindicó la diversidad cultural, dando un alcance amplio a la cultura. Receptó el planteo de la defensa según el cual la comprensión del idioma de un pueblo

¹¹ Causa “Soae Carol, Velásquez Marileo Martín, Rain Mauricio S/Lesiones graves y Daño”, Legajo: (10450/2014), Zapala, sentencia del 18 de junio de 2014. Mario Rodríguez Gómez, Alfredo Elosu Larumbe y Mabel Folone, por mayoría.

originario no es por una cuestión de entendimiento del proceso, sino ya como un derecho a la identidad y al control de los actos por parte de todas las comunidades originarias. se programa una nueva audiencia donde los cargos a los imputados los leerá también un intérprete mapuzugún.

El Tribunal de Impugnación de Neuquén hizo lugar al planteo de la defensa y resolvió que debía volver a realizarse la audiencia impugnada con un intérprete en Mapuzungun.

La defensa requirió que la provincia de Neuquén llame a concurso de un intérprete de mapuzugún, así como llama a jueces y fiscales, poniendo en debate la lógica del concurso pues “... ¿desde qué lugar el Estado te puede acreditar como intérprete? ...las propias comunidades podrían definir quién puede usar el idioma de forma tal que interprete correctamente: se podría hacer convocar a la Confederación Mapuce o a las comunidades originarias de Neuquén para que aporten ideas de cómo crear el cargo o crear una lista de posibles intérpretes con aval de las comunidades”, dijo entonces el defensor, Darío Kosovsky.¹²

Lo que diferencia el fallo de otros que incluyen intérpretes es que se establece desde el Poder Judicial un valor especial a la palabra: se reconoce al lenguaje como algo inherente a la identidad.

En audiencias anteriores, desde el TSJ neuquino habían avalado contar con un intérprete, pero planteaban que como era complejo conseguirlo se imponía la carga a la defensa. A partir de este fallo el intérprete no solo se postula como un derecho, sino que también debe ser garantizado por la Justicia.

Es el primer antecedente donde los imputados comprenden perfecto el idioma y, al mismo tiempo que entiendan los fiscales y jueces, lo podrán ver todas las comunidades mapuches que quieran, ya que desde el nuevo Código procesal penal las audiencias no tienen registro escrito, sino que son filmadas.

¹² Ver en <http://www.archivoinfojus.gob.ar/provinciales/obligan-a-incorporar-en-un-juicio-a-un-interprete-en-lengua-mapuche-2017.html>

Al no existir en los registros de intérpretes del Poder Judicial, la búsqueda de una solución para la designación de un intérprete se la impuso a la Oficina Judicial y al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, órganos de administración y de gobernanza del sistema judicial. La defensa cooperó informando cuales son las instituciones indígenas legalmente reconocidas en la provincia, en el caso, la Confederación Mapuce del Neuquén, para que puedan dar participación y consultar qué por intérpretes idóneos para el caso.

La importancia del caso “Palayes” es la valorización del derecho cultural al uso del propio idioma como una de las garantías que integra el debido proceso legal y por lo tanto le corresponde al estado asegurar su cumplimiento.

Con el mismo criterio, también en el caso “Palayes”, la defensa solicitó y obtuvo la intervención del intérprete en Mapuzungun por primera vez en la historia del sistema penal argentino un jurado intercultural con participación equitativa del Pueblo Mapuche (Harfuch, Bilinski, y Ortiz, 2014)

Como introdujeron las defensas, en el proceso penal adversarial es una condición del principio constitucional de interculturalidad que los imputados que hablaban en idioma mapuzungun puedan hacerlo libremente y que sus expresiones sean simultáneamente comprendidas por el Juez, por las partes y por el público, el cual controla que durante la audiencia se respeten las demás garantías individuales.

V.2. El caso “Buenuleo”

En el caso “Buenuleo”¹³, el 16 de septiembre de 2019 el Fiscal de S.C. de Bariloche imputó a varios integrantes de la Comunidad Mapuche Buenuleo y el Lonko (“cabeza”, autoridad tradicional) Mapuche de la comunidad Pillan Mahuiza, Mauro Millán, por usurpación solicitando su desalojo cautelar al Juez

¹³ “Buenuleo Ramiro y otros (Comunidad Buenuleo) s/Usurpación”, Legajo: MPF-BA-04875-2019

de Garantía Sergio Pichetto quien tuvo por formulados los cargos y ordenó el desalojo cautelar.

La defensa de los Buenuleo impugnó el desalojo y planteó la incompetencia de la justicia provincial. La impugnación ordinaria fue rechazada por el Juez Marcos Burgos y la defensa interpuso revisión extraordinaria contra la orden de desalojo ante el Tribunal de impugnación que admitió el recurso y convocó a una audiencia para los fundamentos. El caso quedó suspendido entre Marzo y Julio de 2020 por la pandemia Covid-19. Reanudados los plazos y dirimida la cuestión de competencia a favor de la justicia provincial, el Tribunal de Impugnación convocó a una audiencia de conciliación en los términos del art. 14 del CPP RN (ley 5020) para intentar la resolución alternativa del conflicto.

En la audiencia, la defensa del Lonko Millán pidió la intervención de un intérprete en Mapuzungun, fundado en la garantía de publicidad e invocando el estándar del caso “Pelayes”. La defensa de los miembros de la Comunidad imputados se adhirió al planteo.

La audiencia se realizó el 8 de septiembre de 2020 en el marco de la pandemia Covid-19 por la aplicación Zoom. Aplicando una acordada del STJ, el Tribunal limitó la participación únicamente a las partes y a sus abogados, impidiendo la participación del público, el cual fue desconectado por la oficina judicial. El Fiscal se opuso al intérprete en Mapuzungun, aduciendo que los imputados comprendían el idioma oficial, ignorando el planteo de control de publicidad del proceso penal, posición compartida por el Tribunal¹⁴ por unanimidad que desestimó la solicitud de la defensa.

La defensa impugnó lo que consideró una actuación procesal defectuosa lesiva del derecho a ser oído en condiciones

¹⁴ Sentencia del 9 de octubre de 2020 del Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro integrado por María Rita Custet Llambí, Adrián Fernando Zimmermann y Carlos Mohamed Mussi.

de igualdad por la negativa a garantizar el intérprete para los Mapuche. Se agravó por el impedimento de la participación popular en el control de los actos judiciales -publicidad- en el caso cuyos aspectos colectivos del conflicto eran medulares para la teoría del caso de la defensa consistente en que los imputados ejercen la posesión comunitaria indígena mediante la ocupación tradicional del territorio Mapuche. Por ende, resulta de cabal importancia la participación como público del Pueblo Mapuche para el control de los actos judiciales y la comprensión de los alcances de la cuestión debatida en el conflicto.

Sin embargo, el Tribunal desconoció el derecho al uso del idioma Mapuche y del control del Pueblo Mapuche en su propio idioma mediante el intérprete, aduciendo que los imputados entendían el idioma oficial.

El 9-10-2020 el Tribunal de impugnación rechazó el recurso extraordinario contra dicha sentencia.

La presidente del Tribunal, Dra. Rita Custet Llambí, dijo que consideraba que la participación y la publicidad podían satisfacerla accediendo a la copia de la audiencia y colocándole subtítulos. El Juez Adrián Zimmerman en su voto completó la argumentación dislógica -pero, además, racialmente ofensiva-, en los siguientes términos:

“Es muy importante en el nuevo sistema adversarial la oralidad y de allí la interpretación de lo que sucede durante el acto procesal, lo que efectivamente sucedió con los imputados a quienes se les preguntó inclusive si deseaban expresarse y, salvo Millán, se abstuvieron. Fácil es advertir en las audiencias el desenvolvimiento, conductas y formas de comunicación y expresarse de los imputados quienes, más allá de la cultura originaria, comprendieron acabadamente todo lo sucedido en plena situación de igualdad a cualquier otro ciudadano del país, y las eventuales cuestiones jurídicas sobre las que tuvieran dudas pudieron consultarlas con sus asesores jurídicos, como cualquier otro imputado. Esta es la finalidad cumplida prevista en Convenio 169 OIT (ver

art. 11 in fine, entre otros). ... “Las Defensas pretenden un distinto y preferencial trato por el solo hecho de pertenecer a una comunidad originaria, situación que está vedada por la Constitución Nacional (art. 16) y no responde a los fines del citado Convenio, y pretender un intérprete cuando de las constancias del legajo y la realidad demuestran que es una petición por la petición misma sin resultado efectivo por la interculturalidad mostrada por los encartados...la petición de intérprete es un capricho y una chicana”.

Los Jueces del Tribunal fueron interpelados por la defensa sin poder responder razonablemente estos interrogantes: “Ustedes, cuando hacen sus alocuciones, tomas sus decisiones, las pueden explicar en la cultura o en mapuzugún durante la audiencia? Evidentemente no pueden. Si hay alguien que violenta una garantía en esta audiencia. ¿Cómo podría alguien en el público entenderlo si no hay alguien en su cultura que se lo está permitiendo comprender? ¿Y si tengo que interponer una reposición -que el Código me obliga a plantearla en la audiencia- no tengo manera de validarlo culturalmente porque mi parte, tal vez, no pueda decirme que me están violando mi derecho, porque no lo está entendiendo mediante su cultura y yo pierdo, de esa manera, el derecho realizar una defensa efectiva, y en condiciones de igualdad que establece el art. 16 de la Constitución Argentina, la Constitución de Río Negro, C. 169 OIT y la UNDRIP, así como medidas impuestas por los arts. 2, 8 y 25 CADH que garantiza la efectividad de las garantías - cuya jerarquía constitucional establece el art. 75 inc. 22 CN- según lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos al aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos en el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de 29 de marzo de 2006, (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (párrafos 110-112)¹⁵.

¹⁵ “... 110.El artículo 2 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los

En cuanto a la compatibilidad de tener un intérprete en mapuzugún en la audiencia esta defensa interrogó sin lograr una respuesta razonable acerca de: ¿Cuál es la lesión o el agravio para el fiscal o la querella que los imputados y la defensa entiendan en su propia cultura entiendan en su propia lengua?

V.3. El logro del intérprete

Con nuevos elementos investigativos (la carpeta técnica del INAI del art. 3 de la ley 26.160 y prorrogada por última vez por la Ley 27.400) que demostraban su ocupación tradicional indígena sobre el lugar en el que les imputaban usurpación, Comunidad solicitó una audiencia de sobreseimiento, requiriendo que en ella intervenga un intérprete en Mapuzungun para poder hacer uso de su idioma.

Al fijar la audiencia, la Directora de la Oficina judicial de Bariloche sostuvo “Respecto a la solicitud de un intérprete en el idioma Mapuzungun, se le hace saber que las personas aquí imputadas, que pertenecen a una comunidad mapuche, conocen la lengua castellana en la cual se llevará adelante la audiencia y no se encuentra afectado de ninguna manera el derecho de defensa”.

Contra dicha resolución, la defensa del Lonko y de los demás imputados requirió audiencia de control de la actividad procesal defectuosa de la Oficina Judicial por su extralimitación ilegal en el dictado de una resolución administrativa decidiendo

derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido. 111. En el presente caso, el Paraguay no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para asegurar un procedimiento efectivo que dé una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en los términos de los párrafos anteriores. 112. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa desconoció el principio del plazo razonable y se mostró completamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma...”.

sobre cuestiones que exceden el mero trámite que violentan derechos y garantías constitucionales de los imputados.

En la audiencia del 6-10-2020 con dicho objeto la defensa ofreció el informe de la Dra. Briones cuyos sólidos fundamentos persuadieron al Juez de Garantías Sergio Pichetto de hacer lugar a la participación del intérprete en Mapuzungun como un derecho de los imputados a hablar en su propio idioma, aunque no garantizó que el estado lo provea ni gestione ni abone gastos u honorarios, imponiéndoles dicha carga a los imputados solicitantes.

Así, en la audiencia en la cual se logró que la Fiscalía adhiriese a la solicitud de sobreseimiento de la defensa y se dejase sin efecto la medida cautelar de desalojo de la Comunidad intervino el Pu Kimche Leónidas Loncón quien interpretó al Lonko Mauro Millán en sus intervenciones en la audiencia.

VI. Conclusiones

Los Pueblos indígenas tienen derecho al uso del propio idioma con apoyo en un sólido entramado de derecho positivo de raigambre constitucional y del derecho internacional de derechos humanos. Tanto la antropología como las ciencias jurídicas aporta razones para obligar a que los estados garanticen el uso del propio idioma a los pueblos indígenas procedimientos administrativos y judiciales: desde considerar las lenguas de los pueblos indígenas argentinos como idioma oficial como garantizar la intervención de intérpretes.

A la fecha, urge reformar el poder judicial cuya inadecuación en la mayoría de los sistemas judiciales argentinos generan obstáculos culturales que obligan a los indígenas, como sujetos vulnerables, a tener que litigar poder ejercer ese derecho humano fundamental de expresarse libremente en sede judicial en condiciones de igualdad.

Mientras ello no ocurra las deficiencias en la educación jurídica básica de los jueces, sus carencias de formación profesional

y el racismo endémico del sistema judicial que desconoce los elementos básicos del derecho de los pueblos indígenas seguirán exigiendo que los litigantes manifiesten en su primera intervención su intención de usar su propio idioma y pidan -por medio de sus defensores- al estado que provea intérpretes en la lengua indígena en cuestión.

No expresarlo expone a los litigantes al riesgo de las interpretaciones monoculturales, racistas, dislógicas y restrictivas como hemos visto en el caso “Buenuleo” donde según las cuales al no expresarla en la primera actuación los indígenas no hay una “necesidad” de proveer intérpretes porque los imputados pueden expresarse y comprender el idioma oficial, lo que implica una violación al derecho y a la garantía que obliga al litigante indígena a desarrollar vías de impugnación para estar en condiciones de igualdad cultural en el proceso.

La experiencia de los casos estudiados, exigen asimismo que los litigantes exijan el intérprete como garantía del debido proceso legal donde la publicidad y la oralidad no pueden ser satisfechas sin la participación del pueblo indígena en el proceso en condiciones de igualdad de libre expresión en su propio idioma.

La denegación del intérprete conlleva los gravámenes tales como la lesión a la defensa en juicio contra quien ha visto afectado su derecho a ser oído en el proceso y participar en él condiciones de igualdad por no poder expresarse en su propio idioma que el pueblo bien puede considerar idioma oficial.

Así, excede completamente al debate y resulta irrelevante la comprensión o no del idioma castellano, ya que el uso del idioma indígena -en los ejemplos, el Mapuzungun- en las audiencias hace al derecho al debido proceso que exige como requisito de su legalidad que, cuando el imputado quiere usar su idioma y así lo pide, el estado provea un intérprete mapuzungun. En efecto, un requisito para legalidad del proceso: ser oído en su idioma, en su propia cultura, integra la garantía de la defensa en juicio de la persona tanto como la efectiva defensa técnica,

comprenda o no el idioma dominante porque el derecho al idioma y al intérprete no se trata de un déficit en la capacidad cognitiva sino como un derecho humano fundamental de la persona y una garantía de publicidad y participación para el Pueblo indígena Mapuche del cual ella es integrante.

Recuperando la idea inicial: el derecho al uso del propio idioma de los pueblos indígenas en sede judicial interpela y pone al desnudo las ideas de supremacistas culturales que desprecian el derecho de los pueblos indígenas negándoles la libertad de expresarse en su idioma en los estrados judiciales. Lograr la efectiva garantía del intérprete para el uso del propio idioma indígena abre a los pueblos el desafío con un destino aún incierto, que exigir a los estados nacional y provincial tomar medidas positivas para su adecuación. Mientras tanto los avances dependerán, en buena medida, de la perseverancia e insistencia de los pueblos indígenas en sus planteos para lograr avances en cada estrado judicial, abriéndose paso entre el pensamiento dislógico, acrónico y racista arraigado en gran parte de los operadores judiciales.

Autodeterminación y represión política en Catalunya. Referéndum, excepcionalidad penal y democratización

Self-determination and political repression in Catalunya. Referendum, criminal exceptionality and democratization

*Clara Camps Calvet¹, Anna M^a Morero Beltrán²
y Elisabet Almeda Samaranch³*
Universitat de Barcelona, España

¹ Clara Camps Calvet es educadora social, pedagoga y doctora en sociología por la Universitat de Barcelona (UB), donde actualmente es profesora lectoral de Sociología. Investigadora e integrante del Grupo interuniversitario COPOLIS “Bienestar, comunidad y control social” adscrito al Departamento de Sociología de la UB. Sus líneas de investigación son represión, movimientos sociales y cambio social y género. Actualmente es Directora adjunta del Grupo de Innovación Docente Consolidado CEFOCID-Copolis, y co-coordinadora de la línea de investigación sobre Control social y derechos humanos del Grupo de Investigación Consolidado (SGR-1145 2017-2021) Copolis “Bienestar, Comunidad y Control social”, adscritos a la Universidad de Barcelona. Email: claracamps@ub.edu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7908-7863>).

² Anna Morero Beltrán es Profesora asociada del Departamento de Sociología de la Universidad de Barcelona. Doctora en Sociología y Master en estudios de mujeres, género y ciudadanía por la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado (SGR-1145 2017-2021) Copolis “Bienestar, Comunidad y Control Social”, y del Grupo de Innovación Docente Consolidado (GIDC-UB-140/13) CEFOCID-Copolis, adscritos a la Universidad de Barcelona. Sus intereses de investigación están relacionados principalmente con el estudio de la construcción social de las tecnologías reproductivas, las violencias machistas y la sexualidad. Actualmente co-dirige el Master sobre Familias y Sociedad y la Especialización de Postgrado en Género, Diversidad Familiar y Exclusiones de la Universidad de Barcelona. Email: anna.morero@ub.edu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8837-5960>).

³ Elisabet Almeda Samaranch es catedrática de Sociología de la familia y el género del Departamento de Sociología de la Universidad de Barcelona, miembro y ex-Directora (2003-2017) del Grupo interuniversitario Copolis “Bienestar, Comunidad y Control Social”, adscrito a la Universidad de Barcelona (GRC). Doctora en Sociología por la Universidad Autónoma de Barcelona y Master en “Social Welfare and Social Planning” por la Universidad de Kent, en Canterbury, Postgrado del “Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology” de la UB y Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales de la UB. Su labor de investigación y docente se ha desarrollado en tres grandes ámbitos: sistemas

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 639-677

<https://doi.org/10.24215/25251678e528>

Recibido: 15/11/2020

Aprobado: 15/01/2021

Resumen: El referéndum del 1 de octubre de 2017 sobre la autodeterminación en Catalunya fue convocado por el gobierno catalán, pero la jornada fue posible gracias a la organización popular. Una prohibición judicial y la violencia y la brutalidad policial fueron la respuesta del Estado a la convocatoria. A esta represión política, le seguirían la apertura de varias causas judiciales, la más importante de ellas la que se ha conocido como “juicio del proceso”, que acabarían con acusaciones de delitos muy graves, con encarcelamientos y con el exilio político de parte del gobierno catalán y de líderes sociales. En este artículo analizamos los “marcos de referencia” y los “repertorios de acción” de la acción colectiva de los votantes del 1 de octubre, y usamos esos mismos constructos para analizar la respuesta política y judicial del Estado español. Este análisis nos permite descubrir que el conflicto político alrededor de los hechos del 1 de octubre, es la expresión de una divisoria de confrontación transicional entre un bloque social que defiende unos valores conservadores, autoritarios y ultranacionalistas con otro bloque social que quiere ampliar los límites democratizadores y, por lo tanto, derechos y libertades. Constatamos, además, que la represión política del Estado ha funcionado como un factor acrecentador de unos significados e imaginarios ligados a la necesidad de ampliar y profundizar en la democracia, a la vez, que ha puesto de manifiesto que los principios de autoridad y de la indisoluble unidad de España están muy arraigados.

Palabras clave: excepcionalidad penal, represión política, autodeterminación, democratización.

de ejecución penal (control social, delincuencia femenina, cárceles de mujeres), cambios y políticas familiares (familias monoparentales, rupturas de uniones, políticas familiares comparadas) y memoria e identidad. Email: elisabet.almeda@ub.edu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0508-291X>).

Abstract: The referendum of October 1st, 2017 on self-determination in Catalonia was called by the Catalan government, but it was possible thanks to the popular organization. A judicial ban and the police violence and brutality were the State's response to the call. This political repression would be followed by the opening of several legal cases, the most important of them is known as the "trial of the process", which would end with accusations of very serious crimes, with imprisonment and with political exile on the part of the Catalan government and social leaders. In this article we analyze the "frames of reference" and the "repertoires of action" of the collective action of the voters of October 1st. We use these same constructs to analyze the political and judicial response of the Spanish State. This analysis allows us to discover that the political conflict around the events of October 1st, is the expression of a transitional confrontational divide between a social bloc that defends conservative, authoritarian and ultra-nationalist values with another social bloc that wants to expand the democratizing limits and, therefore, rights and freedoms. We also note that the political repression of the State has functioned as a factor that increases meanings and imaginations linked to the need to broaden and deepen democracy, at the same time, it has shown that the principles of authority and Spain's indissoluble unity are deeply rooted.

Keywords: criminal exceptionality, political repression, self-determination, democratization.

I. Introducción. Clivajes, marcos de referencia y repertorios de acción

El referéndum del 1 de octubre de 2017 sobre la autodeterminación de Catalunya se llevó a cabo sin el permiso del Estado español, así como bajo la amenaza de que se trataba de un acto ilegal que el Estado quería impedir con la intervención de las fuerzas policiales españolas, si era necesario. La jornada fue convocada por el gobierno de la Generalitat de Catalunya, pero la votación se pudo realizar gracias al trabajo hecho "desde abajo" por una parte muy importante de la sociedad civil organizada.

Ante la prohibición del referéndum del 1 de octubre en Catalunya por parte del poder judicial del Estado español y de la represión policial para impedir la votación, el movimiento por la autodeterminación respondió con una acción no violenta y de desobediencia civil. La imagen de la población defendiendo las urnas con sus cuerpos ante una intervención policial absolutamente desproporcionada, dio la vuelta al mundo. Frente a un proceso de apertura de los marcos de democratización que simbolizó el 1 de octubre, el Estado español respondió a aquellos hechos poniendo en marcha su aparato represivo. El uso del derecho penal de excepción alteró la obligatoriedad del Estado de acogerse a la legalidad existente. La jornada refrendaria del 1 de octubre hizo evidente una acción colectiva contenciosa⁴ (Tilly, 1998, 2007), que se expresaba mediante la resistencia de los votantes y ante la prohibición judicial del referéndum⁵ y la actuación policial para impedirlo.

El objetivo de este artículo es analizar la actividad contenciosa de aquél día para explicar el conflicto societario y mostrar las profundas causas socioestructurales manifestadas a través de la acción colectiva de los votantes y la respuesta represiva del Estado español. En este sentido, nos es útil hacer uso del concepto

⁴ En este sentido, y siguiendo las clásicas aportaciones de Tilly (1998, 2007), entendemos que la actividad contenciosa se produce cuando un conjunto de personas define unas reivindicaciones, colectivas y públicas, frente a unos actores definidos, entre los que, al menos una de las partes afectadas por reivindicaciones, incluyendo terceras partes, es un gobierno.

⁵ A inicios de septiembre el Tribunal Constitucional (TC) admitió a trámite cuatro recursos presentados por el Gobierno contra la ley y la convocatoria de Catalunya que había estado aprobado por el Parlament de Catalunya. El 7 de septiembre suspendió de forma cautelar el referéndum al haberse admitido por unanimidad los cuatro recursos presentados por el Gobierno. El 17 de octubre de 2020 el Tribunal Constitucional declaró nula e inconstitucional la ley del referéndum catalán en una sentencia definitiva. A cuatro días del referéndum el Tribunal Superior de Justicia Catalunya ordenaba a la fiscalía que cesará en sus “diligencias, actuaciones e instrucciones” para impedir la votación y ordenó a los Mossos d’Esquadra, la Guardia Civil y la Policía Nacional que impidieron la utilización de locales y edificios públicos para preparar el referéndum, que requisaran todo el material relacionado con el 1-0 que pudiera hallarse en el interior de esos locales públicos. y que obligará a cerrar los que se abrieran para la votación.

“clivaje”, propuesto por la teoría de partidos de Lipset y Rokkan (1967)⁶. El “clivaje” es una divisoria confrontacional, que se mantiene en el tiempo, que separa grupos de personas de forma bastante homogénea generando alineamientos entre las personas que están en un mismo grupo. Un claro ejemplo, propuesto por estos autores, sería el “clivaje de clase” que se organiza en la divisoria de intereses e ideas entre patrón y personas trabajadoras.

El “clivaje” es, por tanto, producto de la historia previa de una comunidad, y tiene que ver con los contrastes y las pautas de oposición que se dan en una estructura social y cultural determinada (Lipset y Rokkan, 1967). Recogiendo las aportaciones de Aguilar (2008), la noción de “clivaje” se puede extender para explicar aquellos asuntos que dividen los miembros de una comunidad y que organizan la pauta básica del conflicto en su seno. Precisamente, es con el análisis de la actividad contenciosa que se evidenció durante el 1 de octubre, que pretendemos comprender aquellas fuentes estructurales que explican un conflicto social más profundo.

Para hacerlo partimos de la propuesta de divisorias estables y estructurales de confrontación que Aguilar (2008) propone para el caso español en el análisis del período 1982-2003. Estos clivajes son: el “clivaje transicional” que implica un forcejeo entre las fuerzas del antiguo régimen -la dictadura franquista- y aquellas otras fuerzas -una parte de las clases populares y el bloque antifranquista- que extiende los límites de la democratización; el “clivaje plurinacional” que muestra la confrontación entre los territorios periféricos del Estado español que reclaman otro estatus en relación al Estado y el neocentralismo del propio Estado; y el “clivaje original” que corresponde a la divisoria

⁶ Los autores identifican cuales son los diferentes sistemas de “paquetes históricos” que se enfrentan a las elecciones y explican cuáles son los alineamientos de votantes que están detrás de estos “paquetes”. Lo que pretenden es analizar los partidos como alianzas en conflicto sobre políticas y fidelidades a valores dentro de un cuerpo político más amplio. Así, llegan analizar las bases de división posible dentro de comunidades políticas nacionales.

existente sobre como superar, de forma relativamente pacífica, un proceso traumático previo, como fue la guerra civil de 1936-1939 y la sublevación militar franquista contra la República⁷.

En nuestra conceptualización teórica hemos considerado que el “clivaje” se inserta en una determinada estructura de oportunidades políticas que se da en cada momento social e histórico. Las oportunidades políticas son aquellas dimensiones del entorno que se perciben como señales o incentivos para que la gente participe en acciones colectivas. Las restricciones, por el contrario, son aquellos factores que desactivan la acción colectiva (Tarrow, 2004). Si las restricciones son una amenaza a aquello que ya dispone la población, puede provocar una mayor reacción social, porque se tiende más a defender derechos que ya se han conseguido, que a defender aquellos que son susceptibles de ser conseguidos en el futuro (Tilly, 1978).

Así, para analizar los hechos del 1 de octubre, nos parece clave poder identificar aquellas oportunidades y restricciones políticas que llevaron a la población a desobedecer y resistir ante la prohibición judicial y la represión policial, y que hicieron emerger un conflicto social más profundo. Para el estudio de este caso, sostenemos que la represión se convirtió en una oportunidad política (Camps y Di Nella, 2020; Chang, 2008; De Nardo, como se cita en González Calleja, 2003; Khawaja, 1993; Opp y Roehl 1990) para que surgiera una acción de resistencia y desobediencia que generaría un aumento de la represión, a la vez que también permitía el avance del proceso de democratización del movimiento por la autodeterminación en Catalunya.

Consideramos que la teoría del “clivaje” nos permite comprender porque la represión que, por su naturaleza tiene un carácter restrictivo, se convirtió en una oportunidad de acción para los votantes del 1 de octubre durante en aquella jornada.

⁷ La conciencia de la necesidad de resolver esta negociación se encuentra, según Aguilar (2010), a finales de la década de los 60's cuando el régimen franquista se empieza a desestabilizar por conflictos internos y por la realidad externa del mundo occidental.

Es decir, queremos comprender qué fuentes estructurales societarias explican que la represión tuviera como respuesta una clara resistencia y desobediencia por parte de los votantes del 1 de octubre.

En este sentido, el análisis de los “marcos de referencia” (Benford y Snow, 2000) se convierte en una herramienta de estudio fundamental para profundizar en la divisoria confrontacional que se manifestó durante la jornada del 1 octubre con la acción de los votantes y con la represión política, policial y judicial que dió el Estado español como respuesta. Entendemos, así, que los “marcos de referencia” son un conjunto de creencias y significados orientados a la acción que inspiran y legitiman la acción colectiva y le dan identidad propia. Así, permiten atribuir y articular significados sobre una situación particular determinada considerada problemática. Por lo tanto, permiten construir un diagnóstico sobre cuál es el problema o la injusticia ante la que hay que reaccionar, y sobre quién es el responsable; definiciones de pronóstico, que permiten definir qué hacer y qué acciones se deben emprender para resolver la injusticia o el problema, y definiciones de atribución de sentido y motivación sobre las acciones que hay que llevar a cabo (Benford y Snow, 2000). Estos “marcos de referencia” producen símbolos, mensajes y eslóganes nuevos y transformados, partiendo de los heredados, que justifican y dignifican la acción colectiva. Además, también analizamos los “repertorios de acción” (Tilly, 1986)⁸,

⁸ Los “repertorios de acción colectiva” son las modalidades de actuación de los movimientos sociales que se utilizan de manera deliberada, regular, ordenada y racional, para la consecución de unos intereses. Para Tilly (1986), los “repertorios de acción colectiva” son un conjunto de medios y creaciones culturales de un grupo para hacer demandas de diferentes tipos. Derivan de las tradiciones heredadas, de las experiencias y hábitos de acción colectiva del pasado e incluso los modelos de represión usados por el Estado en el pasado. Dependen de una red existente de relaciones sociales y de los significados compartidos entre las partes en interacción. Los “repertorios de acción colectiva” se van redefiniendo y modificando en el transcurso de la acción en respuesta a nuevos intereses, a las confrontaciones precedentes ya nuevas oportunidades, y son interiorizados por el grupo social a lo largo de un proceso de aprendizaje. Los “repertorios de acción colectiva” se mantienen durante mucho tiempo y responden a cambios en grandes intervalos. El ciclo de acción colectiva no transforma el

es decir, las modalidades de actuación que desplegaron los votantes del 1 de octubre. Los “repertorios de acción” son, de hecho, un conjunto de medios y creaciones culturales -normalmente públicos- que expresan las reivindicaciones de un grupo social determinado, además, de reflejar unos significados compartidos y unas experiencias del pasado.

Entender el “clivaje”, que se hizo latente en la confrontación entre aparato político, policial y judicial, y la acción colectiva de aquel día, nos obliga, además, a considerar que la estrategia del Estado y su lógica represiva se deben leer con métodos similares con los que leemos la acción colectiva de los movimientos sociales (González, 2012). Por este motivo, usamos también el constructo “marcos de referencia” y “repertorios de acción” para analizar la actuación del poder político, policial y judicial ante la jornada refrendaria del 1 de octubre. El uso del constructo “marcos de referencia” nos permite conocer las definiciones de diagnóstico sobre la situación generada por la acción colectiva, de pronóstico y de atribución de sentido y motivación que guiaron la acción política y de los tribunales. El uso del constructo “repertorios de acción” nos permite conocer la modalidad de actuación de ambos, es decir, los “repertorios represivos” que se usaron, a la vez, que nos reflejan el sustrato ideológico e histórico del Estado.

El artículo que presentamos es fruto de una investigación sobre los hechos sucedidos alrededor del 1 de octubre de 2017⁹. Para nuestro análisis, como ya hemos apuntado, fijamos la atención en la respuesta colectiva de los votantes durante esa jornada del 1 de octubre. Pero para poder entender cuál fue la respuesta represiva del Estado, también nos focalizamos en la prohibición judicial y la respuesta policial en relación a aquel día concreto, estudiando el repertorio y la lógica represiva con que el Estado español respondió a la celebración del

“repertorio de acción colectiva” de manera instantánea, pero contribuye a la evolución y la transformación.

⁹ SAMARANCH Elisabet Almeda y CAMPS CALVET Clara (2019). “Conflicte a Catalunya i repressió política” *del Institut Català Internacional per la Pau (ICIP)*.

referéndum. Específicamente, estudiamos la respuesta judicial ante los hechos que se ejemplifica, sobre todo, a través del llamado “juicio del procés”¹⁰.

La metodología de análisis para la comprensión de los “marcos de referencia” ha sido el análisis del discurso. Partimos de que el “discurso” es cualquier práctica social o narrativa (oral y escrita), en este caso generada por el Estado (poder político, policial o judicial) o por el movimiento por la autodeterminación (a través de los relatos de los votantes del 1 de octubre), que elabora una explicación de una situación o una realidad. Las técnicas de recogida y análisis de datos cualitativos nos han permitido interpretar los significados sociales y los imaginarios de los actores que analizamos.

Hemos realizado 28 entrevistas semiestructuradas a personas represaliadas y personas expertas en el análisis de la situación de Catalunya. Por tanto, por un lado, hemos entrevistado a personas que participaron en la jornada refrendaria del 1 de octubre y que resistieron la represión policial. En esta categoría también hemos incorporado personas que fueron encausadas por presuntos delitos de terrorismo, de odio, de sedición y/o de rebelión en torno a los hechos del 20 de septiembre de 2017 y del 1 de octubre de 2017. Las entrevistas a los votantes del 1 de octubre nos han permitido descubrir cuáles son los “marcos de referencia” que los condujeron a participar en la jornada refrendaria, y a resistir y desobedecer. Por otro lado, hemos realizado las entrevistas a personas expertas que nos han permitido recoger distintas miradas desde diferentes disciplinas (la politología, la psicología social, la sociología, el derecho y el periodismo), que nos han ayudado a hacer una mejor lectura del 1 de octubre y de los “marcos de referencia” y de los “repertorios represivos” del Estado.

¹⁰ Legalmente Causa Especial 20907/2017 y popularmente conocido como el “juicio del proceso” fue un proceso judicial cuyo proceso oral se celebró durante los primeros meses de 2019 en el Tribunal Supremo de España. El 14 de octubre de 2019 se dio a conocer la sentencia firme. Más adelante daremos más datos sobre el juicio.

A parte de todas las entrevistas anteriores, hemos realizado un seguimiento de la respuesta del Estado a los hechos del 1 de octubre a través de la revisión de noticias y la consecuente construcción de una cronología de los hechos. Asimismo, y en esta misma línea, hemos analizado algunos relatos del poder político y judicial. En el caso del poder político, a partir de intervenciones en el Congreso de Diputados o de ruedas de prensa, y en el caso del poder judicial, a partir de algunas interlocutorias o de la propia sentencia del “juicio del proceso”.

Organizamos el artículo en cuatro partes. En primer lugar, explicamos qué sucedió durante la jornada de votación del 1 de octubre, sus antecedentes, sus principales consecuencias y las movilizaciones que vendrían en los meses posteriores. En segundo lugar, analizamos cuáles fueron los imaginarios y significados de los votantes del 1 de octubre que nos permiten explicar su acción desobediente ante la prohibición judicial y la represión policial. En tercer lugar, describimos los “repertorios represivos” del Estado y los imaginarios y significados que se desprenden del discurso y de la acción represiva del poder político y judicial ante los hechos sucedidos durante la jornada del 1 de octubre. Finalmente, presentamos las consideraciones finales con una primera aproximación a la definición del tipo de “clivaje” que se hizo manifiesta en la confrontación entre aparato político, policial y judicial y la convocatoria del referéndum y la acción desobediente de aquel día.

Finalmente comentar que consideramos esta investigación muy relevante desde la perspectiva sociológica porque apenas existen estudios sobre la represión política desde este ámbito. Analizar a fondo aquellos elementos sociológicos que explican tanto la represión del Estado como la reacción frente a la prohibición y la represión de este Estado ha sido muy poco estudiado y aunque sí se han desarrollado muchos trabajos desde perspectivas jurídicas, nuestro artículo aporta conocimientos y reflexiones novedosas y necesarias desde la sociología.

II. La jornada refrendaria del 1 de octubre: antecedentes, consecuencias y movilizaciones posteriores

El día 1 de octubre de 2017, a pesar de la prohibición del referéndum y la amenaza de la intervención policial, la ciudadanía fue a votar y defender los colegios electorales. Como ya se ha dicho, aquella jornada fue la expresión más manifiesta de un conflicto político ya existente y que tenía su recorrido. El movimiento por la autodeterminación en Catalunya ya se había expresado en numerosas ocasiones de forma pública en las calles. De hecho, el movimiento independentista se iniciaba ya en 2006, como respuesta a un proceso de elaboración de un nuevo Estatuto de Catalunya¹¹. El texto sufrió muchas modificaciones, y finalmente fue aceptado por el Congreso y el Senado españoles. Catalunya lo ratificó el 18 de junio de 2006 en un referéndum en el que obtenía el 73% de los votos favorables (con una participación del 48,8%). El nuevo Estatuto entró en vigor el 9 de agosto de 2006. Pero una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que se hacía pública el 27 de junio de 2010, afectaba 186 artículos del Estatuto e implicaba un retroceso respecto al Estatuto de 1978 (Fontana, 2015). El 10 de julio de 2010, una manifestación de más de un millón de personas, con el lema “Som una nació. Nosaltres decidim”, mostraba su rechazo en las calles de Barcelona, y enseguida se iniciaron una serie de consultas en Catalunya sobre su independencia. A partir de ese momento, el movimiento independentista no dejó de crecer y mostró toda su fuerza en las diferentes “días” nacionales del 11 de septiembre. En marzo de 2012 se constituirá la Asamblea Nacional Catalana (ANC) que sería la organizadora, junto con Òmnium Cultural¹², nacida en el año 1961, en plena

¹¹ Es la norma institucional básica de Cataluña, que regula la autonomía y los márgenes del autogobierno del territorio catalán.

¹² Òmnium Cultural es una entidad sin ánimo de lucro que tiene más de 165.000 socios y socias y 58 años de historia. Surgió en plena dictadura franquista, en julio de 1961, para combatir la censura y la persecución de la cultura catalana y llenar el agujero dejado por las

dictadura franquista, de movilizaciones pacíficas multitudinarias -las más masivas de Europa-, a favor del derecho de la sociedad catalana a elegir democrática y libremente su futuro político a través de un referéndum de autodeterminación.

Así, pues, la celebración del referéndum del 1 de octubre solo se explica por todo un ciclo político en que el movimiento por la autodeterminación había ido fortaleciéndose y penetrado de forma muy clara en las instituciones. La consulta del 9 de noviembre de 2014 y las elecciones plebiscitarias del 27 de septiembre de 2015, fueron los dos hechos más representativos de un proceso político en el que se imbrican la sociedad civil, el gobierno y los partidos políticos en defensa del derecho de autodeterminación del pueblo catalán. En el año del 2014, el gobierno catalán encabezado por *Convergència i Unió* (CiU)¹³, el partido de centroderecha catalán, con el apoyo de tres formaciones políticas más, *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC)¹⁴,

instituciones políticas y civiles de Catalunya prohibidas por la dictadura. Fue clausurada por el régimen franquista entre 1963 y 1967, pero continuó trabajando desde París y clandestinamente para defender y promover la lengua y la cultura del país. Convirtiéndose en una de las entidades de referencia en la sociedad civil catalana (www.omnium.cat).

¹³ *Convergència i Unió* fue una federación de dos partidos políticos catalanes. Fue creada en 1978 como coalición y disuelta en 2015. Estaba integrada por *Convergència Democràtica de Catalunya*, de ideología liberal y de centroderecha, y *Unió Democràtica de Catalunya*, de ideología democristiana. Tuvieron la presidencia del gobierno catalán, con Jordi Pujol, de 1978 a 2003 y de 2010 a 2015 con Artur Mas. Paulatinamente, en 2011 y 2012, el partido se fue posicionando a favor de la independencia. En 2015 esto supondría una escisión de CDC y UDC. En 2016 se refundó como *Partido Demócrata Catalán* (PDeCAT), y su renovación intentaba marcar una clara separación con los casos de corrupción en los que se había visto implicada CiU. Ideológicamente, el PDeCAT se definió como «demócrata, catalanista, independentista, europeísta y humanista». Del 2016 al 2017 ocupó la presidencia de la *Generalitat de Catalunya* Carles Puigdemont encabezando la candidatura *Junts pel sí* (también integrada por ERC). En la última legislatura que ha ido de diciembre de 2017 hasta a inicios de 2021 el PDeCAT se ha escindido de la coalición *Junts per Catalunya* y en las próximas elecciones de este febrero de 2021 se presentarán por separado.

¹⁴ *Esquerra Republicana de Catalunya* es un partido histórico que se fundó en 1931 y que tuvo un papel muy relevante durante la II República. Es un partido de ideología republicana, independentista y socialdemócrata.

Iniciativa per Catalunya-Verds¹⁵ y la Candidatura d'Unitat Popular-Alternativa d'Esquerres (CUP)¹⁶, preparó una consulta no vinculante sobre la relación de Catalunya con el Estado español que se celebró el 9 de noviembre. Participaron 2.035.290 personas y ésta fue, seguramente, la primera actuación de desobediencia institucional respecto al Estado español frente a un Tribunal Constitucional que había suspendido la consulta¹⁷. Las elecciones del 27 de septiembre de 2015 se plantearon, por parte de los partidos independentistas (CiU, ERC y la CUP), en clave plebiscitaria; si ganaba el “sí” se declararía la independencia de forma unilateral¹⁸. Pero durante toda la legislatura, y a propuesta de la CUP, se fue instaurando la necesidad de celebrar un referéndum, aunque fuera sin el reconocimiento del Estado. El 6 de septiembre de 2017 se aprobó la Ley de Referéndum de Autodeterminación¹⁹ en el parlamento catalán, que regulaba la celebración de la jornada de votación del 1 de

¹⁵ Iniciativa per Catalunya Verds es un partido político cuyas influencias ideológicas iniciales provienen del comunismo (del Partido Socialista Unificado de Catalunya-PSUC) y del ecosocialismo. Su partido de referencia en el ámbito del Estado Español fue Izquierda Unida. A partir de 2015, sus siglas han ido desapareciendo para presentarse en candidaturas unitarias junto a “Els Comuns” y Podemos. En julio de 2019 el partido acabaría anunciando su disolución.

¹⁶ La Candidatura d'Unitat Popular es una organización política asamblearia de alcance nacional cuyo ámbito son los Països Catalans. Se define como independentista, socialista, feminista y ecologista. Su trayectoria es básicamente municipalista y entró en el Parlamento catalán en 2012.

¹⁷ El presidente del gobierno catalán, en aquel momento Artur Mas, y varios consejeros terminarían siendo condenados por delitos de desobediencia, con multas y la inhabilitación temporal para cargos públicos.

¹⁸ En esta elecciones CIU y ERC se presentaron en coalición llamada Junts pel sí y la CUP con una coalición con otras organizaciones políticas de la izquierda anticapitalista que llevaba como nombre CUP-Crida Constituent. La presidencia de la Generalitat de Catalunya la acabaría asumiendo Carles Puigdemont y la vice-presidencia Oriol Junqueras. La candidatura Junts pel sí representó al ejecutivo catalán.

¹⁹ Fue aprobada con 72 votos a favor de Junts pel sí y de la CUP-Crida Constituent, 10 abstenciones de Catalunya sí que es pot y la ausencia de 52 diputados del Partido Popular, el Partido Socialista de Catalunya y Ciudadanos.

octubre y permitía la creación de la Sindicatura Electoral de Catalunya. La Ley de Transitoriedad Jurídica se aprobó el día 8 de septiembre de 2017, tenía la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la sucesión ordenada de las administraciones, así como la continuidad de los servicios públicos en la transición hacia la independencia.

La votación en la jornada refrendaria comenzó a las 9 de la mañana, pero muchos de los votantes llegaron horas antes a los colegios electorales, mientras en toda Catalunya, con la más absoluta clandestinidad, se habían preparado y trasladado urnas y papeletas para que la celebración de la votación fuera posible. Los comités en defensa del referéndum (CDR, después llamados comités de defensa de la República) que nacieron, pocos meses antes de la celebración del referéndum, se organizarían en cada barrio y población para que el referéndum fuera posible.

Poco después de que empezara la votación, la policía española entró de manera violenta en algunos colegios electorales para decomisar las urnas y evitar la votación. En algunos de estos colegios la operación fue exitosa, pero en otros centros la ciudadanía voluntaria que organizó la votación volvió a esconder las urnas para que la policía no las encontrara. Las cargas de la Policía Nacional y la Guardia Civil, comenzaron sin que hubiera ningún intento de diálogo por su parte. Actuaron con una violencia desproporcionada, brutal e injustificada, tal y como se vió en la mayoría de medios nacionales e internacionales. Uno de los participantes en el referéndum, Roger Español, perdió un ojo por una pelota de goma y, según el Departamento de Salud catalán, hubieron 1.066 personas heridas por la violencia policial. Tras estas brutales intervenciones a primera hora, la policía continuó intentando entrar en los colegios electorales y “hackear” la web del censo electoral universal, que tenía por objetivo facilitar que la ciudadanía pudiera votar en cualquier colegio electoral. Gracias a este ejercicio de desobediencia civil y de organización ciudadana, se lograron mantener activas más del 70% de las mesas electorales en toda Catalunya. En el

referéndum, participaron 2.286.217 personas (43% del censo): 2.044.038 votaron “sí”, 177.547 votaron “no”, 44.913 en blanco y 19.719 nulo.

En aquella jornada refrendaria, las urnas, símbolo de democracia, fueron objeto de la brutalidad policial española. La desobediencia pacífica fue la única arma frente a la violencia de los cuerpos policiales. La población resistió ante los colegios electorales para proteger las urnas de manera pacífica; una ciudadanía con los brazos en alto, o sentada en el suelo con los brazos entrelazados, gritaba que quería votar y defendía su derecho a decidir, oponiéndose a las cargas policiales con lemas como “Queremos votar”, “Somos gente de paz” y “Las calles serán siempre nuestras”.

No obstante, días antes del referéndum, se iniciaba ya el proceso represivo: se abrían querellas contra miembros del gobierno catalán por los preparativos del referéndum, contra miembros de la mesa del Parlamento catalán por permitir votar y aprobar la ley del referéndum, contra la sindicatura electoral del referéndum, contra 712 alcaldes y alcaldesas y contra entidades municipalistas por la preparación del referéndum. Además, se iniciaban detenciones contra altos cargos políticos, el decomiso de carteles y material de propaganda relativa a la opción del “sí” del referéndum, la identificación de personas anónimas y periodistas, registros a imprentas, la prohibición de la página web del referéndum, la difusión de propaganda institucional del referéndum y la entrada en medios de comunicación que habían desatendido esta instrucción.

En este contexto es importante destacar los hechos acontecidos el 20 de septiembre de 2017. Ese día tenía lugar la operación policial Anubis, en que la Guardia Civil, por orden del juzgado de instrucción número 13 de Barcelona, registró diferentes sedes del gobierno catalán (las consejerías de Economía, Gobernación, Relaciones Institucionales, Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, y dependencias vinculadas), y se efectuaron también 14 detenciones de altos cargos de la Generalitat de

Catalunya. La ciudadanía respondió con la presencia pacífica ante las diferentes consejerías. En especial, destaca la protesta ante la Consejería de Economía, que sería objeto de investigación principal en el “juicio del proceso”.

El Estado español llegó a desplegar 6.000 policías, entre Policía Nacional y Guardia Civil, en una operación que pretendía hacer frente a los hechos que se dieron alrededor del 1 de Octubre, y que tuvo un coste de unos 87 millones de euros, según el propio Ministerio del Interior (Águeda, 2018). Ante las constantes intervenciones policiales en los días previos al 1 de octubre, la población defensora del referéndum tuvo una actitud de denuncia y desobediencia ante las actuaciones policiales, y el ingenio se hizo presente en las redes sociales y en las movilizaciones: ante los registros policiales, la gente respondía con una canción popular catalana para despedir a la policía. Ante una web del referéndum bloqueada, aparecían nuevas webs *hackeadas*. Ante la búsqueda de urnas por parte de la policía, urnas escondidas en casas particulares y en lugares nada habituales, la organización del 1 de Octubre en la clandestinidad. De hecho, la policía española nunca encontró ni una urna antes del día del referéndum y prácticamente todas llegaron con normalidad a los colegios electorales. Ante la presencia policial española en Catalunya, solo había un clamor general: “Fuera las fuerzas de ocupación”.

Todas estas movilizaciones llevaron a procesos judiciales y acusaciones de delitos muy graves²⁰. Así, el 1 de octubre, pero también el 20 de septiembre de 2017, acontecieron los dos

²⁰ Destacamos aquí otras causas relacionadas con la convocatoria del referéndum del 1 de octubre: el sumario 7/2018 de la Audiencia Nacional que imputó la cúpula del Cuerpo de Mossos d’Esquadra. También, es destacable que durante la vista previa y por petición de la defensa de los acusados, la causa de los acusados por desobediencia se devolvió al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Estos acusados eran Lluís Corominas, Lluís Guinó, Anna Simó, Ramona Barrufet, Joan Josep Nuet y Mireia Boya. Finalmente, debemos destacar que la Fiscalía Provincial de Barcelona presentó querrela por la Sindicatura Electoral de Catalunya, compuesta por Marc Marsal, Marta Alsina, Josep Pagès, Jordi Matas i Tània Vergé, aprobada por mayoría absoluta a propuesta de Junts pel Sí y la CUP. En estos momentos

hechos que dieron lugar al “juicio del proceso”. Actualmente están en prisión los dos líderes de la Asamblea Nacional Catalana y de Òmnium Cultural, así como el vicepresidente del gobierno catalán, la presidenta del Parlamento de Catalunya y cuatro consejeros del gobierno catalán en el momento del referéndum. El 14 de octubre de 2020 se hizo pública la sentencia del Tribunal Supremo que les condenaba a un total de 100 años de prisión. Se les condenó por sedición y en algunos casos por malversación. Se sentenció así, que los hechos del 20 de septiembre y el 1 de octubre, correspondían a un delito de sedición, es decir, a un levantamiento público y tumultuario, como defendía la abogacía del Estado. La sentencia desestimó la rebelión que pidió la fiscalía y la acusación popular de Vox²¹. La pena más alta, de 13 años de prisión, era para Oriol Junqueras, considerado el máximo responsable de los políticos y activistas juzgados. Además, el que fue el presidente del gobierno catalán, Carles Puigdemont, y cinco políticos catalanes más están todavía hoy en el exilio.

Queremos destacar que la situación de excepcionalidad la ha sufrido, también, la sociedad civil catalana que defiende el derecho a la autodeterminación. De acuerdo con datos del mapa de la represión de Òmnium Cultural, desde el 20-S de 2017 hasta el día de hoy, han sido 1.396 las personas heridas y 292 las detenidas por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. La cifra total de personas represaliadas, incluyendo personas condenadas, encarceladas o investigadas, supera las 2.500.

A raíz de los encarcelamientos y durante el proceso de instrucción del juicio, se desarrolló en Catalunya un importante movimiento a favor de la libertad de los presos y presas políticas -que utilizó como símbolo de solidaridad los lazos amarillos- y

están a la espera de juicio oral acusados de los delitos de desobediencia y usurpación de funciones.

²¹ Partido de extrema derecha nacido a finales de 2013. El partido irrumpió en el congreso español de diputados en las elecciones de abril de 2019 con 24 diputados y el 10 de noviembre de 2019 (se repetían las elecciones) irrumpía con 52 diputados.

que abrió un debate público sobre derechos y libertades fundamentales. La sentencia definitiva de este juicio dió paso a una nueva fase de movilización y durante unos días, tomarían protagonismo las marchas por la libertad, los cortes de carretera, las manifestaciones y las concentraciones constantes, así como acciones de confrontación con la policía en el centro de Barcelona que llevaron al encarcelamiento de varios manifestantes.

III. Significados, imaginarios y repertorios de acción de los votantes del 1 de octubre

Durante la jornada refrendaria del 1 de octubre, el grado de compromiso de una parte de la población catalana con la defensa férrea del derecho a voto y a decidir, demostró que la cuestión nacional y de la independencia no era la central. En cambio, la centralidad y la importancia de la defensa del “derecho a decidir” se hizo evidente. De hecho, las consultas ciudadanas sobre la independencia en Catalunya, que se habían iniciado en Arenys de Munt en 2009, y que se fueron extendiendo por las diferentes poblaciones catalanas durante el 2011 y el 2012, tuvieron un peso muy importante en la idea de que el derecho a decidir era un derecho a defender. Un derecho que se reforzaría aún más cuando el gobierno catalán, y algunos partidos políticos, dieron los primeros pasos para que hubiera una imbricación entre la demanda popular y la institución. La consulta del 9 de noviembre de 2014 evidenciaba que la institución daba los primeros pasos para que el derecho a decidir se pudiera ejercer.

La respuesta represiva y la prohibición constante del Estado español del ejercicio del derecho a decidir, tuvo como consecuencia que cualquier acto en favor de este derecho se significara como un acto de desautorización del Estado. A la vez que su ejercicio también se significó como un punto de ruptura simbólico con la idea de Estado representado por el Estado español. Así, prohibición y represión, paradójicamente, permitieron construir y reforzar una serie de valores ligados a la libertad, a la dignidad y al antiautoritarismo que funcionaban como factores precipitantes

de la construcción de lo que era deseable en una nueva sociedad. Esta ruptura simbólica incrementó, pues, la posibilidad de crear nuevos imaginarios sobre cómo se debería constituir la futura sociedad. Los imaginarios eran variados y lo que se quería construir no estaba claro ni era del todo compartido, pero aún así el referéndum generó un espacio donde depositar el deseo de construir un futuro colectivo en un espacio geográfico que se percibía más cercano y alcanzable y, por tanto, con más posibilidades de poderlo gestionar colectivamente. La palabra “república” se significó como este espacio a definir en común. Así, por ejemplo, idearios como los del feminismo tuvieron también eco en algunos sectores del movimiento por la autodeterminación en Catalunya, en los que se hacía referencia a la necesidad de construir una república feminista (tal y como todavía reclaman algunos grupos actuales como “Feministes per la independència- FXI”, del movimiento feminista de base en Catalunya).

Así pues, la población percibió el voto como una expresión política que debía tener una trascendencia histórica y que suponía un paso adelante -sin saber cómo de adelante- en la futura construcción de la República Catalana (Letamendia, 2018). Pero no sólo era la trascendencia histórica del voto lo que explica la defensa colectiva del referéndum, sino que, en vista de la prohibición de la jornada, se percibió la necesidad de defender un derecho democrático tan básico como es poder ejercer derecho de voto. Defender el derecho a voto era defender un derecho que no hacía tantos años que se había ganado en el Estado español. A pesar de las dificultades de la celebración, se mantuvo el rigor y la seriedad en el método de voto, como en cualquier otra jornada electoral. Y si bien es claro que el grueso de la población que desea la independencia de Catalunya fue clave en que la jornada fuera posible, fue el derecho a decidir y el derecho a voto los que ganaron relevancia. Las “esteladas”²²,

²² Bandera que simboliza la independencia de Catalunya o de los Països Catalans. Esta bandera está siempre muy presente en las manifestaciones de la diada nacional del 11 de septiembre.

siempre presentes en la fiesta nacional catalana del 11 de septiembre, eran casi inexistentes. Los colegios se defendían de este modo como espacios del “sí” y del “no”. Los lemas coreados durante la jornada nada tenían que ver con la cuestión nacional, sino que eran un cántico a favor al derecho a votar y a movilizarse: “Las calles serán siempre nuestras” y “Queremos votar” eran los más repetidos. La jornada se representó como un espacio de garantía y de calidad democráticas.

Y si la prohibición del referéndum hacía aflorar la necesidad de defender el derecho a la autodeterminación y el derecho a voto, la represión policial fue generadora de un importante shock emocional por su brutalidad y su arbitrariedad. La actuación policial hizo sentir a la población que habían traspasado límites de lo que se podía concebir como democráticamente -además de moralmente- aceptable. Se consideró que estaban violando, sin miramientos, valores compartidos y asentados (Loveman, 1998). De esta manera, se generó un claro desencaje entre las vivencias de ese día y la idea previa que tenía la población de cómo podía actuar la policía en el marco de una democracia. El hecho de que la intervención se generará en el seno de una jornada electoral, sumado a que el comportamiento de la gente era pacífico, incrementó la sensación de incompreensión y de incredulidad frente a la violencia policial.

En este sentido, la represión policial vivida terminó acen-tuando la ruptura entre una parte de la sociedad catalana y el funcionamiento y la idiosincrasia de las instituciones del Estado español, como es el caso del aparato policial. La actuación policial, además, fue un claro factor precipitante de la memoria colectiva de la dictadura franquista. Algunas de las personas votantes relacionaban la represión vivida con una posible intervención policial de un régimen dictatorial, como había sido el franquista, y, no como una actuación policial propia de un Estado de Derecho. La memoria histórica aparece, pues, como un constructo clave para entender las sensaciones que vivió la gente frente a la actuación de la policía (Davenport,

1996), Seguramente también lo es para entender la defensa y la protección de las urnas por parte de la ciudadanía. El protagonismo de las personas mayores ese día, y la carga emotiva que se mostró cuando se les abría paso para que pudieran votar mientras se les aplaudía, se puede interpretar como una clara señal de reconocimiento del daño que suponía haber vivido la dictadura y que los procesos de memoria y reparación estén aún pendientes.

Un repertorio de acción desobediente no violenta ante una policía que quería impedir la votación y que agredió, prefiguraba un imaginario de los valores que se estaban defendiendo. Frente la represión policial, que se iba incrementando y extendiendo a los diferentes colegios electorales catalanes, a lo largo de la mañana del 1 de octubre, el espíritu desobediente iba creciendo: una mejor organización para resistir, ingenio para ocultar las urnas, cuidados para protegerse de la brutalidad policial y seguir resistiendo, personas que se situaban en lugares estratégicos para avisar de la llegada policial y un largo etcétera de situaciones que iban confirmando que la respuesta policial no funcionaba como elemento disuasorio. Al contrario, precipitó que una serie de valores ligados a la idea de democracia y de libertad se pusieran en juego. Se fue afirmando un sentimiento de identidad compartida, un aumento de sentimiento de pertenencia al movimiento y un aumento de la solidaridad (Chang, 2008; Khawaja, 1993). La desobediencia y su defensa aparecían en el imaginario de los votantes como una acción “moralmente justa”. Un “ho tornarem a fer”²³ (lo volveremos a hacer) ya se empezó a hacer evidente durante la misma jornada.

La acción fue totalmente pacífica por parte de los votantes. Así, una larga tradición de antimilitarismo y de pacifismo se hacían evidentes. El “repertorio de acción” pacífico utilizado

²³ “Ho tornarem a fer” es una frase que dijo Jordi Cuixart, presidente de Òmnium Cultural encarcelado, en su declaración en el “juicio del proceso” y se popularizó entre el movimiento por la autodeterminación.

recogía el espíritu de luchas históricas²⁴ en Catalunya, a la vez, que prefiguraba una identidad de lo que se era y se quería ser. Una identidad que podemos definir como democrática, antiautoritaria y no violenta, y que se contraponía al principio de autoridad y de obediencia al Estado que representaba la prohibición judicial y la actuación policial. La acción hacía de espejo del Estado, lo evidenciaba, a la vez que lo desarmaba de su capacidad de legitimar la represión. El sentimiento de colectividad y solidaridad se incrementaron, a la vez que recogían los anhelos de libertad y de emancipación que había depositados en la jornada. Podemos, así, afirmar que la acción colectiva de aquel 1 de octubre condensaba elementos que tienen que ver con un proceso que podría ser o hubiera podido ser en sí “constituyente”.

IV. Significados, imaginarios y los repertorios de acción del poder político y judicial del Estado español ante la acción desobediente del 1 de octubre

IV.1. La excepcionalidad penal como respuesta

La demanda de poder ejercer el derecho a la autodeterminación por parte de Catalunya y de poder decidir sobre su futuro nunca ha tenido soluciones políticas como respuesta por parte

²⁴ Las autoras de este artículo consideramos que la acción colectiva de ese día sólo se explica por una larga trayectoria de luchas compartidas en Cataluña y por un ciclo movilizador-surgido en el marco de la situación de crisis social, económica y política que se ha vivido en esta última década en Europa del sur-, que ha resignificado el término democracia haciendo hincapié en la necesidad de crear “soberanías populares”. Asimismo, también es heredera de una serie de luchas que han dejado un importante peso ideológico: de la tradición libertaria de principios del siglo XX, el 1 de octubre reflejaba un cierto espíritu antiestatal y antiautoritario; de las luchas de la transición el 1 de octubre, reflejaba el reclamo de democracia y realizaba aquella escuela catalana -donde aquel día se votaba- que se definía y se perfilaba como espacio de democracia; del movimiento antimilitarista contra la OTAN y por la paz, el 1 de octubre reflejaba su espíritu no violento; del histórico movimiento feminista, mostraba su capacidad de hacer frente a la subordinación y la dominación; del movimiento “okupa”, su espíritu antirepresivo, y del movimiento antiglobalización, su capacidad de hacer de muro de contención y de bloquear -con el cuerpo- la injusticia y el abuso de poder.

del Estado español. La excepcionalidad ha sido la principal respuesta, y la represión se ha convertido en la norma. La arbitrariedad en la interpretación de los tipos penales; la exaltación de los cuerpos policiales, en lugar de la asunción de responsabilidades políticas por las actuaciones policiales arbitrarias y desproporcionadas; el uso de una jurisdicción única -como son la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo- en detrimento de juez natural y el uso de la prisión preventiva, sin tener en cuenta la regulación legal, son algunos de los ejemplos más evidentes del uso de este derecho penal de excepción en el caso que nos ocupa

El uso del derecho penal de excepción, por parte del Estado español, ha alterado la obligatoriedad del Estado de acogerse a la legalidad existente. La razón de Estado ha primado por encima de la razón jurídica. El Estado, su poder y la consecución de objetivos políticos, se han convertido en la finalidad (Ferrajoli, 1995). Escaparse, precisamente, de los límites que impone el Estado de Derecho como estructura garante del control de las arbitrariedades del poder y de los derechos fundamentales de la ciudadanía, ha permitido al Estado reafirmar su poder. Una violencia policial absolutamente desproporcionada, brutal e injustificada²⁵ durante la jornada referendaria del 1 de octubre, es la expresión claramente más manifiesta de las extralimitaciones del poder político y policial en sus funciones. Podemos afirmar, así, que la violencia policial del 1 de octubre no fue solamente instrumental para requisar las urnas, como decía el Estado. Su arbitrariedad, su desproporción y su aparatosidad demuestran que se trataba de una violencia expresiva que, generando pánico, tenía como finalidad comunicar que se tenía en sus manos la voluntad de la colectividad (Segato, 2017). La transgresión de la ley se rebeló, pues, como elemento necesario para expresar y reafirmar el poder del Estado español. Sobre

²⁵ Son varios los informes de organizaciones internacionales de derechos humanos que lo ratifican, como el informe de Human Rights Watch, el informe de Amnistía Internacional y el Informe del International Limited Observation Mission elaborado por The Hague Centre for Strategic Studies.

aquel episodio, y más allá de la arbitrariedad en el uso de la violencia, son significativos los vídeos que se dieron a conocer a través de las redes sociales, donde la ciudadanía de diversas poblaciones españolas animaban a los guardias civiles a ir “A por ellos”, en referencia a la población catalana que quería votar. O también los vídeos de la misma Guardia Civil cantando “A por ellos” y “Yo soy español, español, español” cuando se dirigían en autocar hacia Catalunya. Este sería sólo un ejemplo de cómo el cuerpo policial y su intervención no estaba libre ni de ideología ni de una determinada intencionalidad política.

IV.2. El orden constitucional y la violencia ambiental como elementos justificadores de la excepcionalidad

Para que la ruptura con las reglas de juego del Estado de Derecho fuera posible y justificar la violencia y la represión explicada, el Estado necesitó un discurso de legitimación política. Este discurso fue el que permitió justificar las medidas políticas y punitivas adoptadas como necesarias para garantizar el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y el cumplimiento de la ley y de la Constitución. El Estado español puso de manifiesto -a través de su poder ejecutivo, judicial y también con los discursos generados por los representantes del poder legislativo y los medios de comunicación españoles más importantes- que los hechos del 1 de octubre y, por tanto, el intento de ejercicio del derecho de autodeterminación, supusieron una clara amenaza para el orden constitucional. En concreto, el ejercicio del derecho a la autodeterminación se ha considerado una clara violación del artículo 2 de la Constitución Española: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles (...)” (artículo 2 CE).

Esta consideración sobre la subversión del orden constitucional, ha supuesto una determinada conceptualización del concepto de democracia. La democracia se ha asociado a aquél funcionamiento institucional que asegura el cumplimiento estricto

de la ley existente. Bajo esta conceptualización, la legislación, en el sistema democrático, aparece como un elemento estanco e inamovible. La ley existente es el límite de cualquier voluntad o propuesta que se pueda manifestar en una sociedad. Se considera, pues, que la única manera de cambiar la legislación es utilizar los procedimientos legales que permiten modificarla. En consecuencia, las posibilidades de transformación de una sociedad o el discernimiento de los conflictos sociales, quedan absolutamente condicionadas por la fuerza de las mayorías parlamentarias de cada momento y para la participación electoral establecida cada cuatro años. Es imposible, pues, que la voluntad popular se pueda expresar por ninguna otra vía que no sea la electoral. No se prevé la posibilidad de hacer uso de mecanismos que corrijan el desfase que puede existir entre las necesidades o voluntades sociales y unas estructuras jurídicas que pueden haber quedado más atrasadas.

Paradójicamente, el uso de la excepcionalidad penal -y, por tanto, el poder sin control ni deber jurídicos- ha sido posible gracias a un discurso que ponía en el centro el Estado como un Estado de Derecho democrático que tenía que hacer uso de todos los medios para que el orden constitucional quedara intacto. En este sentido, el uso del derecho excepcional se ha disfrazado de derecho y se ha legitimado para evitar que la crisis territorial que ha supuesto la “cuestión catalana” desbordara el régimen de poder. Es así como podemos explicar que, frente a la jornada referendaria del 1 de octubre, la excepción se convirtiera norma, una técnica de gobierno en sí misma (Agamben, 2006). Mientras esto ocurría, la contradicción se ha hecho cada vez más obvia: la fuerza utilizada para garantizar la pervivencia del derecho en uso de formas ajurídicas, ha supuesto la destrucción de derechos existentes, que ha generado un claro proceso de debilitamiento de una democracia ya muy débil.

La defensa de la ley y de la constitución han ocupado la centralidad del discurso del poder político, judicial y de la propia monarquía. No obstante, este discurso se complementó con

otros elementos discursivos también muy relevantes. Destaca la importancia que tomó la idea de la existencia de violencia en el seno del movimiento autodeterminista. Este ha sido otro claro objetivo del poder político y del poder judicial. Sin embargo, la acción pacífica y no violenta durante el 1 de octubre y durante las movilizaciones desarrolladas hasta antes de la sentencia, no lo pusieron nada fácil para que la construcción de la violencia fuera posible. Sin embargo, el poder judicial y el poder ejecutivo lo han intentado para contribuir a justificar la represión. En este sentido, destaca la construcción de un relato que ha hecho referencia a la existencia de una violencia “ambiental” y constante en Catalunya.

IV.3. Más allá del poder político, la relevancia del papel de la monarquía y del poder judicial ante los hechos del 1 de octubre

El discurso de la violencia y de la inconstitucionalidad fue protagonizado tanto por el poder político (en manos del Partido Popular, PP, hasta junio de 2018) como por parte de la monarquía y el poder judicial. Los partidos que formarían parte del llamado bloque del 155 (Partido Socialista Obrero Español, PSOE y Ciudadanos²⁶ además del PP) también colaborarían a acrecentar este discurso. Los ejemplos de este discurso son múltiples por parte del ejecutivo, pero en este punto nos interesa destacar la articulación de este discurso por parte de la monarquía, por la función simbólica que tuvo para resaltar el poder de un Estado nacional, antiguo y fuerte. También, nos interesa destacar cómo el poder judicial (fiscalía y tribunales) articuló su relato, sus acusaciones y su dictamen en función de estos dos ejes: la inconstitucionalidad y la potencial violencia.

²⁶ Ciudadanos nació a partir de la plataforma cívica Ciutadans de Catalunya, creada el 2005, en Barcelona, por intelectuales, profesores universitarios y profesionales de diversos campos. El partido tuvo un momento de crecimiento en todo el Estado Español, aunque ha ido perdiendo fuerza. Se presentan como constitucionalistas, defienden políticas liberales y se presentan como una opción en contra la corrupción.

Así, nos parece destacable el discurso de Felipe VI, a través de los medios de comunicación, del 3 de octubre²⁷. Este tuvo carácter extraordinario tras una huelga general histórica en Catalunya contra la represión y la violencia institucional que se había vivido el día 1 de octubre. En su discurso, el rey afirmaba que en Catalunya se habían roto los “principios democráticos de todo Estado de Derecho”, e insistía en la idea de que las instituciones habían fracturado la sociedad catalana. No obstante, no hizo mención alguna sobre la brutalidad policial y los 1.066 ciudadanos heridos en aquella jornada (Bernat y White, 2020).

Su intervención funcionó como un elemento simbólico del principio de autoridad que rige el Estado y de su nacionalismo, al tiempo fue un elemento simbólico que nos recordaba el pasado dictatorial franquista. De hecho, la monarquía fue restablecida y fortalecida por la misma dictadura como garantía de su legado. La institución monárquica, para mantener su privilegio, supo adaptarse a una realidad compleja en la que urgía una democratización, sin embargo, haber sido restaurada por la dictadura y jurando los principios del Movimiento Nacional Católico, muestra su falta de neutralidad política. Esta falta de neutralidad también se la otorga la Constitución, que hace del monarca el responsable último y jefe de las fuerzas armadas, al tiempo que garante de la unidad de España (Taibo, 2014). De hecho, la amenaza de la posible intervención del ejército

²⁷ A la jornada referendaria del 1 de octubre de 2017 le siguieron dos importantes huelgas generales en Catalunya. Una fue el día 3 de octubre y la otra fue el día 8 de noviembre de 2017. La huelga del 3 de octubre fue convocada por los sindicatos CGT, CNT, Coordinadora Obrera Sindical (COS), I-CSC y la IAC y, también, por los CDRs. Con la convocatoria se denunciaba la violencia policial y la represión que se había vivido durante la jornada del 1 de octubre. La Mesa por la Democracia (formada por la ANC, Òmnium Cultural, CCOO, UGT, USOC y organizaciones patronales como PIMEC o CECOT) llamaron a la parada de país. Catalunya quedaba absolutamente bloqueada por el corte de todas sus principales arterias. El día 8 de noviembre se repetía otra jornada de huelga general que convocaba el CSC, la IAC y algunas federaciones de la CGT. Además, ERC y la CUP, también llamaron al paro. Con la movilización se quería mostrar el rechazo social a los encarcelamientos preventivos de los exconsejeros y los líderes de ANC y Òmnium. También implicó el bloqueo de las principales arterias de Catalunya.

también estuvo presente como respuesta a la convocatoria del referéndum.

Así pues, el proceso represivo del 1 de octubre permitió reforzar la idea de que el Estado tenía armas de fuerza y control, que se encontraban incluso por encima del poder ejecutivo y legislativo. El discurso de la monarquía fue el claro ejemplo. Sin embargo, el poder ejecutivo y legislativo español también demostraron el poder del Estado cuando aplicaron, el 27 de octubre de 2017, el artículo 155²⁸ de la Constitución Española que suspendió la autonomía catalana y el funcionamiento de sus instituciones gubernativas. A la vez, el poder judicial no dejó de ganar relevancia, tanto sobre el poder ejecutivo como sobre el poder legislativo, y ayudó a generar un relato haciendo un uso arbitrario de los tipos penales.

En este sentido, y por los hechos que nos ocupan, es del todo destacable el papel de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo ante los hechos de octubre. Los tribunales que se encargaron del procesamiento de las nueve personas que hoy están en prisión y tienen sentencia firme, han funcionado en sí como mecanismos represivos. El procesamiento sobre el “caso del 1 de octubre” se inició en la Audiencia Nacional, sin embargo, a finales de noviembre de 2017, la juez de la Audiencia Nacional, Carmen Lamela, remitió al magistrado del Tribunal Supremo, Pablo Llarena, el informe sobre el traspaso de las causas contra el gobierno de Carles Puigdemont y contra los presidentes de la ANC y Òmnium.

El hecho de que este procesamiento haya estado en manos de la Audiencia Nacional, primero, y más tarde en manos del

²⁸ El día 27 de octubre de 2017 el Senado aprobó la autorización solicitada por el gobierno del PP para aplicar el artículo 155. A favor estuvieron el PP, PSOE, Ciudadanos, UPN, Foro y Coalición Canaria. En contra Unidos Podemos y todos los partidos soberanistas del Estado: ERC, PDeCAT, PNV, EH Bildu y Compromís. En paralelo, aquel día, el Parlamento Catalán celebraba un pleno en que se aprobaba la declaración unilateral de independencia. La declaración contó con los votos a favor Junts pel Sí, ERC y la CUP. Los parlamentarios de Ciudadanos, PSC y PP no estuvieron en la votación.

Tribunal Supremo, supone la transmisión de un claro mensaje a la sociedad de quien tiene el poder. El uso de una jurisdicción única en detrimento del juez natural, permite dar un claro contenido político a lo que se está juzgando. Aunque los debates en estos tribunales se quieran plantear en términos de neutralidad de la ley, apuntando que lo que se juzga son conductas que hay que ratificar si se corresponden con un delito, el solo hecho de que los procedimientos estén en manos de estos tribunales, nos alerta de que se están dirimiendo conflictos políticos que, además, serán ganados por quien ostenta el poder, es decir, por el mismo aparato judicial. La trayectoria histórica de estos tribunales, politizada y tan poco desprendida del pasado franquista, acaba siendo un elemento determinante de transmisión de este mensaje²⁹.

En relación a la funcionalidad de estos tribunales como legitimadores y constructores de un relato justificador del uso de la excepcionalidad, hay que hacer referencia a la arbitrariedad en el uso de los delitos. Si bien es cierto que el uso del delito de rebelión³⁰ permitió, en el momento de la instrucción del caso,

²⁹ La sala penal de la Audiencia Nacional es el tribunal especializado, con sede en Madrid, que se encarga de investigar y judicializar los delitos de terrorismo. Por lo tanto, está claramente relacionado con el grupo armado ETA y su judicialización, que ha acabado significando la judicialización de toda la izquierda abertzale. Además, la Audiencia fue creada por el Real Decreto Ley 1/1997 de 4 de enero, en el mismo momento que se acordaba la desaparición del Tribunal y los Juzgados de Orden Público, un motivo, junto con sus funciones y el papel social que ha tenido, que ha hecho que se le haya vinculado históricamente a aquellos organismos. Si bien no podemos hablar de un tribunal especial, porque los jueces son de carrera y se trata de una institución prevista en la ley, sí podemos decir que estamos ante una jurisdicción especializada. El hecho de que esta jurisdicción especializada esté centralizada en Madrid, en un único tribunal, no deja de ser una demostración de la politización que se quiere conseguir (Salelles, 2009, 2018). En cuanto al Tribunal Supremo, podemos llamar que está en lo alto de la jerarquía judicial española y que la composición de este tribunal, como la de la Audiencia Nacional, recae en el consejo general del poder judicial, un órgano de vocales que es directamente elegido por el Congreso y el Senado españoles. La contaminación partidista e ideológica de estos tribunales está garantizada. Además, su cultura jurídica, a excepción de la Segunda República, es extremadamente conservadora, clasista y poco permeable a los valores democráticos. SALELLAS, Benet (2018) p.28

³⁰ Destacados juristas del Estado español (El Salto, 2017), nunca se cansaron de decir que su del delito no era justificado porque nunca se había hecho uso de la violencia.

por parte de la Audiencia Nacional, la inhabilitación para cargo público de los acusados, el uso de la prisión preventiva por la gravedad del delito y que el juicio pudiera quedar en manos del Tribunal Supremo en Madrid. Un análisis sociológico evidencia que el uso de este delito permitió, también, que el poder judicial hablara de “golpismo” y “golpistas”.

En este sentido, se daba un paso más, ya que no solo se trataba de hacer referencia a la subversión del orden constitucional, sino de poder magnificar y sobredimensionar esta valoración. Es así como el uso del delito tuvo la voluntad de hacer aflorar el imaginario social del golpe de Estado para ir configurando, sin que hubiera habido violencia real, la idea del peligro, de la amenaza, de la violencia ambiental y del desorden. La perversión ha sido que el uso de este delito fue propuesto, por primera vez, por la acusación popular de Vox, al tiempo que eran las formaciones y los sectores más próximos a la extrema derecha, las que más insistían en que en Catalunya había habido un golpe de estado. Esto explica el intento de creación de marcos imaginarios confusos, que dificultan la creación de relatos coherentes sobre lo que ha pasado en el Estado español: el 18 de julio de 1936 se vivió un golpe de estado militar dirigido contra el gobierno de la Segunda República, y el 23 de febrero de 1981, diferentes mandos militares intentaron perpetrar un golpe de estado que acabaría resultando fallido. Por lo tanto, los golpes de estado en el Estado español han sido autoría de una extrema derecha que a día de hoy ha querido determinar que lo que había pasado en Cataluña era “golpismo”.

Hay que tener en cuenta que el delito de rebelión, que se ha utilizado para los hechos relacionados con el 1 de octubre, ya había sido la espina dorsal de la represión del franquismo. El delito de rebelión desde 1900 está vinculado al independentismo. En 1900 se reformó el Código Penal y se introdujo un tercer apartado en el artículo 248 del delito de rebelión: “los ataques a la integridad de la nación española o la

independencia en todo o en parte de su territorio, bajo una sola ley fundamental y una sola representación de su personalidad como nación”. Hoy, el uso de este delito también nos remite al pasado autoritario del franquismo (Salellas, 2018, p.26).

El uso de la arbitrariedad también se ha dado en el uso del delito sedición. A pesar de las observaciones que se puedan hacer sobre la sentencia del “juicio del proceso”, es necesario apuntar que el delito de sedición se había construido a lo largo de todo el proceso de instrucción, y desde el primer momento que se encarceló los “Jordis”³¹, a través de un relato que intentaba probar que había habido violencia. De alguna manera, se justificaba que había existido tumulto por la existencia de una violencia ambiental durante el 20 de septiembre y también durante el 1 de octubre. Consideramos, pues, que el uso del delito de sedición también ayudó a alimentar el relato de que en Catalunya había habido violencia.

Pero fue la sentencia la que remarcó que el uso de este delito también había sido clave para la creación de un relato que acentuara que el movimiento autodeterminista violaba la ley. El artículo 544 del Código Penal define la sedición: “Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sobre funciones o el cumplimiento de sobre acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales”. El caso del “juicio del proceso” se iniciaba con un procedimiento que señalaba este delito y, finalmente, la sentencia acabó optando por este, en lugar de la rebelión. Pero la lectura de los hechos sobre por qué se ha cometido este delito ha ido cambiando. La ambigüedad de su definición ha

³¹ Se refiere a Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, líderes sociales encarcelados y presidentes de la Asamblea Nacional Catalana y Òmnium Cultural, respectivamente, en el momento del referéndum. En Catalunya se los llama popularmente los “Jordis”.

permitido que, sin considerar que hubiera habido violencia, la sentencia del “juicio del proceso” haya dictado condenas por este delito. La sentencia puso el acento en la desobediencia de una orden judicial y no en la violencia. Y apunta que esta desobediencia es sedición, porque se dio en diferentes lugares de Catalunya. Esto sienta, para siempre, un precedente en el Estado español: la desobediencia a la ley puede considerarse un hecho tumultuario. El principio de autoridad del Estado toma así toda su relevancia. Desobedecer órdenes judiciales puede ser fácilmente definido como tumulto y, por tanto, como delito de sedición.

En relación al uso de los delitos por parte de los operadores judiciales, también es destacable la arbitrariedad en el uso del delito de terrorismo. En concreto, destaca la criminalización y la persecución de los CDR bajo el pretexto de que su acción podía constituir terrorismo. Así, desde el Ministerio de Interior, se empezó a configurar un relato que aseguraba que sus actuaciones tenían un carácter “violento” y que eran “similares a los comités de defensa cubanos”. Destacan, dos importantes macrooperativos con imputaciones de delitos de terrorismo, rebelión, sedición y tenencia de armas. El primero, llevó a la detención de la activista Tamara Carrasco, que quedó confinada en su pueblo entre abril de 2018 y mayo de 2019, e implicó también el exilio de Adrià Carrasco. Toda la operación respondía a una acción en la que los CDR habían levantado las barreras de peaje de unas autopistas. El segundo macro operativo, también iba dirigido contra los CDR, se llevó a cabo en septiembre de 2019 y terminó con nueve detenciones y siete encarcelamientos. La amenaza que la movilización pacífica y la participación política se podían convertir en terrorismo, sirvió para instaurar el miedo entre la ciudadanía movilizada. Además, el uso de este tipo de delitos ha permitido que en Catalunya haya habido detenciones protagonizadas por la Policía Nacional y la Guardia Civil, que han despertado el imaginario sobre lo que fue el conflicto en el País Vasco.

IV.4. La fractura social y los problemas de convivencia, elementos esenciales para la represión de la sociedad civil organizada

Además del discurso de la inconstitucionalidad y de la violencia ambiental, debemos destacar que en el relato político y judicial ha tenido mucho peso la idea de la fractura social de la sociedad catalana y de los problemas de convivencia. Ambos poderes, y también los medios de comunicación, han hecho referencia a la existencia de un sujeto esencialista catalán, a veces también clasificado de “supremacista”, que pretende imponerse sobre una importante parte de la sociedad catalana que se siente catalana y española. Este mismo discurso ha permitido hacer referencia a una sociedad dividida, donde el sujeto “autodeterminista” ha tenido un claro rol en la generación de una fractura social. En este sentido, el profesorado de las escuelas catalanas y los medios de comunicación, han sido los más señalados como provocadores de esta fractura social. Este relato ha ido acompañado, en ocasiones, de la idea de que la autodeterminación en Catalunya tenía que ver con los intereses de una burguesía catalana que, con la independencia, pretendía una mejora de su situación de privilegio. En ocasiones, a este discurso se ha sumado la idea de que el movimiento independentista, no era más que el resultado de una manipulación de un grupo de políticos de centroderecha con influencia en Catalunya, y que con la cuestión identitaria habían engañado a una buena parte de la población catalana.

El uso arbitrario del delito de odio ha alimentado la idea de que en Catalunya hay personas que fomentan el rechazo de lo español y de la obediencia a la ley, representada por las fuerzas de orden público. De hecho, la arbitrariedad en el uso de los delitos de odio ha sido un elemento señalado por incontables juristas. Este delito se había introducido en el Código Penal español para proteger colectivos que han sido tradicionalmente discriminados o que han sufrido persecución. En el período que aquí analizamos, se ha hecho uso de este delito para incriminar conductas de manifestación pública de la desaprobación

de la actuación de la Policía Nacional y la Guardia Civil el día 1 de octubre. Una crítica, la de la actuación policial, que en una democracia madura, debería formar parte de la libertad de expresión y de la necesaria fiscalización por parte de la ciudadanía del ejercicio de poder.

En este sentido destaca que, pocos días después del referéndum, el entonces ministro del interior, Juan Ignacio Zoido, asegurara que el gobierno no pararía hasta que los que habían “faltado al respeto” a la Guardia Civil y a la unidad constitucional del país, “paguen judicialmente por ello” y sobre ellos “caiga el peso de la ley”. Asimismo, anunció la creación de un gabinete jurídico específico para centralizar todas las denuncias de posibles delitos de odio por el acoso que podrían sufrir tanto los agentes de Guardia Civil y la Policía Nacional como sus familias. Las palabras del ministro se harían enseguida realidad (Redacción El Diario, 2017). Varias personas pasarían a ser investigadas y citadas a declarar ante los tribunales acusadas de delitos de odio³². A estas personas, hay que añadir el profesorado que también ha sido acusado de delitos de odio: ocho maestros de tres escuelas de la Seu d’Urgell fueron investigados por haber debatido sobre el 1 de octubre en clase, y nueve maestros del Instituto Palau, de Sant Andreu de la Barca, por haber hecho comentarios sobre las cargas del 1 de octubre, que se consideró que habían violentado una parte del alumnado del centro. Los denunciados fueron guardias civiles.

³² Algunos de los casos más conocidos han sido: un concejal de una pequeña población catalana, que fue imputado por un delito de odio por protagonizar una escena en la que aparecía con una nariz de payaso junto a un guardia civil, como denuncia de la intervención de este cuerpo durante el registro de la Consejería de gobernación del gobierno catalán, el 20 de septiembre de 2017; un mecánico de Reus, que fue denunciado por haberse negado a reparar el vehículo de un agente de la policía después de los hechos del 1 de octubre; un alcalde y 6 concejales, también de Reus, denunciados por haber firmado un manifiesto en el que rechazaban la violencia policial, y cuatro bomberos y dos vecinos del mismo municipio, acusados de haber participado en concentraciones frente a la comisaría de la Policía Nacional y del hotel donde se alojaban varios agentes.

V. Consideraciones finales

Un análisis detallado de los “marcos de referencia” y el “repertorio de acción colectiva” de los votantes del 1 de Octubre de 2017, ha puesto de manifiesto que aquel día se estaban defendiendo ideas que escapaban de la cuestión únicamente nacional. La acción desobediente no violenta prefiguró un imaginario de los valores que se estaban defendiendo y, con ello, se hizo espejo del autoritarismo del Estado y de la represión policial, que se consideró se extralimitaba de los marcos de lo que podía ser posible en una democracia. La defensa del derecho a decidir; la democracia y el derecho a voto, y a la integridad física y moral frente a las arbitrariedades del poder (en este caso de la policía), fueron elementos fundamentales que nos permiten explicar la capacidad de resistencia y de desobediencia ante la represión. Así, la prohibición y la represión incrementaron las posibilidades de construir y reforzar una serie de valores ligados a la libertad de expresión, a la dignidad y al antiautoritarismo que habían posibilitado el referéndum, pero que, a la vez, funcionaban como factores precipitantes de la construcción de lo que era deseable en una nueva sociedad. Además, la prohibición del derecho a voto y la violencia policial también abrieron el recuerdo del franquismo. Una memoria republicana y antifascista afloró y explicó también la respuesta resistente y desobediente.

Frente a la celebración de la votación del 1 de octubre, el Estado español respondió a los hechos poniendo en marcha todo un repertorio de acción represiva. Si leemos con métodos similares la acción del Estado y la acción colectiva de los votantes del 1 de octubre, veremos que el “repertorio de acción” se basó en el uso de la excepcionalidad penal. La arbitrariedad en la interpretación de los tipos penales; una actuación policial arbitraria y desproporcionada; el uso de una jurisdicción única en detrimento del juez natural, y el uso de la prisión preventiva, sin tener en cuenta la regulación legal, son los ejemplos más destacables. Así pues, el poder judicial tomó un importante

protagonismo frente al poder legislativo y el ejecutivo, a la vez que la monarquía y su discurso durante el 3 de octubre desempeñó un papel simbólico relevante para mostrar las armas de fuerza y control del Estado.

Estos “repertorios de acción” de carácter represivo necesitaron de un discurso legitimador para justificarse, a la vez que la propia excepcionalidad, y en concreto el uso de los tipos penales de forma arbitraria, permitía alimentar este mismo discurso. Los “marcos de referencia” que se desprenden del relato hecho por el poder político y judicial situaron el conflicto en Catalunya como un problema de subversión del orden constitucional, de violencia, y lo basaron en la existencia de una fractura en la sociedad catalana y en importantes problemas de convivencia.

Además, el análisis detallado del “repertorio represivo” alrededor de los hechos del 1 de octubre, nos muestra un Estado que impuso su razón poniendo al descubierto un sustrato estructural, ideológico y cultural que tiene claras continuidades con la dictadura franquista. Por ello, el conflicto que se planteaba en Catalunya implicó el uso de unos mecanismos represivos que reavivaron una serie de símbolos y elementos nacionales, autoritarios y autocráticos, heredados de una cultura franquista³³ y que demuestran que el pacto constitucional de la transición permitió la integración de unos valores pro-régimen que aseguraban el rechazo social a cualquier discurso que problematizará el *statu quo* (Noguera, 2019, p.103).

En este sentido, y como ya hemos detallado en el apartado anterior, los ejemplos de estos mecanismos represivos fueron: la amenaza de intervención del ejército; la intervención televisiva del rey el día 3 de octubre; la condescendencia ante la

³³ Ignasi Bernat y David White (2020) proponen el concepto “postfascismo” para poder remarcar que si hoy España no es fascista, sí existen remanentes del fascismo en los ámbitos del poder económico, cultural y político que nunca han sido completamente erradicados. Se puede decir que la transición no implicó una ruptura con el fascismo. Estas continuidades hoy se pueden ver reflejadas a través de tres dimensiones: las instituciones culturales, económicas y estatales.

presencia y el protagonismo de Vox como acusación popular en el “juicio del proceso”; el uso de delitos como el de rebelión por parte de los operadores judiciales, un delito que había sido espina dorsal de la dura represión del franquismo; la judicialización del conflicto catalán a través de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo; la suspensión de la autonomía catalana con la aplicación del artículo 155 de la Constitución española, y la construcción de un relato que sostiene que en Catalunya hubo un “golpe de Estado”. Un relato perverso que, si por un lado quiso crear confusión sobre qué es un golpe de estado y sobre quiénes lo han promovido históricamente en el Estado español, también creó, por otro lado, un imaginario amenazador de su posibilidad. Además, todo esto fue acompañado de la presencia de la extrema derecha en las calles, exhibiendo simbología fascista y usando en varias ocasiones una violencia que ha quedado prácticamente impune³⁴.

La represión ha funcionado, pues, como un factor acrecentador de unos significados e imaginarios ligados a procesos de ampliación y profundización de la democracia, como lo demuestran la acción y los relatos de los votantes del 1 de Octubre. Además de poner de manifiesto una memoria antifascista común y compartida en Catalunya. Pero, a la vez, la actividad represiva del Estado también puso de manifiesto que los principios de autoridad y de la indisoluble unidad de España³⁵, están muy

³⁴ Entre el 8 de septiembre y el 11 de diciembre de 2017 hubo en Catalunya 139 incidentes violentos que tenían como motivación política la defensa de la unidad de España, 86 de los cuales eran agresiones que causaron 101 víctimas, con heridas de diversa consideración (Borrás, 2017). Estos actos han quedado mayoritariamente totalmente impunes. Después del 1 de octubre también apareció un nuevo colectivo que articulaba el “nacionalismo español” bajo el nombre Grupos de Defensa y Resistencia en Cataluña (GDR). Estos grupos se presentaron el 4 de abril de 2018 (Rodríguez, 2018) bajo el lema “Ellos ensucian, nosotros limpiamos”. Una de sus principales actividades consistió en “limpiar” de lazos amarillos del espacio público

³⁵ La definición de estos dos principios como característicos del Estado Español fue hecha por el abogado August Gil Matamala, que fue entrevistado en el marco de la investigación realizada para este artículo.

arraigados y constituyen un marco fundamental en el que se sustenta una buena parte de su poder. La represión política ha hecho aflorar como mínimo una divisoria de confrontación que tiene que ver con cómo se hizo la transición en el Estado español y a favor de qué intereses y valores. La tensión entre unos imaginarios y significados democratizadores y unos imaginarios y significados conservadores, regresivos y ultranacionalistas -en definitiva, desdemocratizadores- se ha hecho evidente.

Retomando la propuesta de los tipos de “clivaje” planteada por Aguilar (2008), que hemos presentado en la introducción, creemos que el “clivaje plurinacional” es la divisoria existente que nos ayuda a explicar cómo se pudo llegar a convocar la jornada refrendaria. Pero un análisis detallado de los “marcos de referencia” y de los “repertorios de acción”, tanto de los votantes del 1 de Octubre como del poder político y judicial, nos muestran que la divisoria que se hizo más evidente fue el “clivaje transicional”, a través de la confrontación entre las dos partes: por un lado, un bloque de la sociedad catalana que, queriendo ejercer el derecho a la autodeterminación y teniendo que hacer frente a una fuerte represión, acabó defendiendo principios democráticos muy básicos, como el derecho a voto, el derecho a la protesta o a la libertad de expresión. Y por el otro, unas estructuras de Estado -defendidas y protegidas por partidos políticos como el PP, el PSOE, Ciudadanos y relevantes medios de comunicación- que respondieron con excepcionalidad y que acabaron violando derechos fundamentales. Finalmente, pensamos que el “clivaje original” se manifestó desde el momento que la represión se convirtió en un factor que precipitó el despertar de la memoria antifranquista, y el Estado necesitó recurrir a símbolos nacionales, autoritarios y autocráticos heredados de una cultura franquista, a la vez que permitió que la extrema derecha tuviese un papel importante como operador judicial y actuase de forma impune en las calles. Todo ello puso al descubierto que los procesos de memoria y reparación, además de ser insuficientes, serán muy difíciles de impulsar en un futuro próximo.

Con todo, creemos que será necesario que tanto el 1 de octubre como el movimiento por el derecho a la autodeterminación continúen leyéndolos en clave interna, pero también desde una dimensión internacional, en la que, frente a la desposesión y el extractivismo, los pueblos de diferentes partes del mundo luchan para ganar capacidad de decidir sobre su futuro, mientras el neoliberalismo ya no encuentra otra vía para imponerse, que la de los autoritarismos de Estado. Esta mirada seguro que nos ayudará a entender nuevas líneas divisorias de confrontación que se hacen presentes en el capitalismo actual a nivel mundial. Es así como podremos descubrir, además, si el derecho a la autodeterminación, que hoy reivindica un grueso muy importante de la sociedad catalana, es la expresión de un conflicto que se escapa de las fronteras que impone el Estado español para manifestar que, ante el capital y los estados que lo protegen, aparecen nuevos sujetos en lucha que desean y construyen “nuevas soberanías”, y que necesitan recuperar su memoria para reparar el daño de las imposiciones sufridas.

Del principio de autoridad al autoritarismo penal. Repensando las relaciones entre el Estado Español y Catalunya. Entrevista a August Gil Matamala¹

From the principle of authority to criminal authoritarianism. Rethinking the relations between the Spanish State and Catalunya

Clara Camps Calvet²

Universitat de Barcelona, España

Ignasi Bernat Molina³

Universidad de Winchester, Reino Unido

¹ August Gil Matamala (1934) es abogado, con una larga trayectoria en el ámbito de la defensa de los derechos humanos. Desde muy joven se implicó en la lucha contra la dictadura franquista. Entre los años 60 y finales de la dictadura franquista defendió a militantes sindicalistas y anarquistas. En democracia continuó ejerciendo como abogado defensor y defendió militantes independentistas. También tuvo experiencia como defensa en el Tribunal de Estrasburgo y presidió la Asociación de Abogados Europeos Demócratas (ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7908-7863>).

² Clara Camps Calvet es educadora social, pedagoga y doctora en sociología por la Universitat de Barcelona (UB), donde actualmente es profesora lectoral de Sociología. Investigadora e integrante del Grupo interuniversitario COPOLIS “Bienestar, comunidad y control social” adscrito al Departamento de Sociología de la UB. Sus líneas de investigación son represión, movimientos sociales y cambio social y género. Actualmente es Directora adjunta del Grupo de Innovación Docente Consolidado CEFOCID-Copolis, y co-coordinadora de la línea de investigación sobre Control social y derechos humanos del Grupo de Investigación Consolidado (SGR-1145 2017-2021) Copolis “Bienestar, Comunidad y Control social”, adscritos a la Universidad de Barcelona. Email: claracamps@ub.edu (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4456-3764>).

³ Ignasi Bernat Molina es Licenciado y doctor en sociología. Ha trabajado en distintas universidades en el Reino Unido y Catalunya. Actualmente, es Post-Doctoral Teaching Fellow en el Departamento de Ciencias Sociales Aplicadas en la Universidad de Winchester. Ha investigado en áreas como los crímenes de los poderosos, el poder corporativo y estatal y, la criminalización de las migraciones. Junto con David Whyte es co-editor del libro Building a New Catalonia: Self-determination and Emancipation. Barcelona and Edinburgh, Pol-len and Bella Caledonia. Email: Ignasi.BernatMolina@winchester.ac.uk

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

Año 6/Nº 19 Otoño 2021 (21 marzo a 20 junio), 678-728

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e529>

Recibido: 27/01/2021

Aprobado: 27/01/2021

Resumen: Como parte de las voces que referencian a los pueblos, se presenta una entrevista de Clara Camps Calvet e Ignasi Bernat Molina a August Gil Matamala, realizada en el marco del proyecto de investigación: “Conflicte a Catalunya i repressió política” (2017 RICIP-0015) financiado por el Institut Català Internacional per la Pau (ICIP). Gil Matamala (1934) es abogado, con una larga trayectoria en el ámbito de la defensa de los derechos humanos. Desde muy joven se implicó en la lucha contra la dictadura franquista. En esta entrevista, su voz sólida, crítica y resistente nos ayudan a entender de forma muy clara la idiosincrasia del Estado Español y los principios que lo rigen. Su larga experiencia en la defensa de militantes perseguidos políticamente ante los tribunales españoles, tanto durante el franquismo como en democracia, nos permiten entender por qué hoy en el Estado Español sigue existiendo la persecución política, presos políticos y exiliados de las personas que defienden los derechos y la soberanía de los pueblos.

Palabras clave: Catalunya, identidad, Estado Español, persecución política, presos políticos.

Abstract: As part of the voices that refer to the people, an interview by Clara Camps Calvet and Ignasi Bernat Molina with August Gil Matamala is presented, carried out in the framework of the research project: “Conflicte a Catalunya i repressió política” (2017 RICIP-0015) funded by the Institut Català Internacional per la Pau (ICIP). Gil Matamala (1934) is a lawyer, with a long career in the field of human rights advocacy. From a very young age he was involved in the struggle against the Franco dictatorship. In this interview, his solid, critical and resistant voice helps us to understand very clearly the idiosyncrasy of the Spanish State and the principles that govern it. His long experience in the defense of politically persecuted militants before the Spanish courts, both during the

Franco regime and in democracy, allow us to understand why today in the Spanish State there is still political persecution, political prisoners and exiles of people who defend the rights and sovereignty of the people.

Keywords: Catalonia, identity, Spanish State, political persecution, political prisoners.

August Gil Matamala (1934) es abogado, con una larga trayectoria en el ámbito de la defensa de los derechos humanos. En 2017 David Fernández y Anna Gabriel publicaron su biografía “August Gil Matamala: Al principi de tot hi ha la guerra” (Editorial Sembra Llibres) donde se explica de forma muy pormenorizada y documentada su recorrido vital. Desde muy joven se implicó en la lucha contra la dictadura franquista. Entre los años 60 y finales de la dictadura defendió a militantes sindicalistas y anarquistas ante el Tribunal de Orden Público del régimen franquista. El TOP, fue una instancia judicial especial creada en 1963 por el régimen franquista; su misión fue la represión de aquellos delitos considerados políticos por el régimen y que hasta el momento habían sido competencia de la jurisdicción militar.

En democracia, Gil Matamala continuó ejerciendo como abogado defensor y defendió militantes independentistas, como los detenidos en la operación Garzón, ante la Audiencia Nacional, que es el tribunal especializado, con sede en Madrid, que se encarga de investigar y judicializar los delitos de terrorismo. Por lo tanto, estaba claramente relacionado con el grupo armado ETA y su judicialización, que ha acabado significando la judicialización de toda la izquierda abertzale. Además, la Audiencia fue creada por el Real Decreto Ley 1/1997 de 4 de enero, en el mismo momento que se acordaba la desaparición del Tribunal y los Juzgados de Orden Público, un motivo, junto con sus funciones y el papel social que ha tenido, que ha hecho que se le haya vinculado históricamente a aquellos organismos. Si bien no podemos hablar de un tribunal especial, porque los jueces

son de carrera y se trata de una institución prevista en la ley, sí podemos decir que estamos ante una jurisdicción especializada.

El 14 de octubre de 2019 se dio a conocer públicamente la sentencia del popularmente conocido como “juicio del proceso”. Legalmente, se trata del proceso judicial vinculado a la Causa Especial 20907/2017, cuya etapa oral se celebró durante los primeros meses de 2019 en el Tribunal Supremo de España. En este juicio se juzgó parte de los miembros del gobierno catalán, la presidenta del parlamento de Catalunya y los líderes de la Asamblea Nacional Catalana y de Òmnium Cultural por la convocatoria del referéndum sobre la autodeterminación de Catalunya del 1 de octubre de 2017.

En diciembre de 2019, pocas semanas después de que se hiciera pública esta sentencia y de las movilizaciones que respondieron al fallo judicial, nos entrevistamos con August Gil Matamala. Sabíamos que sus aportaciones serían claves para comprender la repuesta represiva del Estado Español, ante el “ejercicio del derecho a decidir” que significó la celebración del referéndum del 1 de octubre de 2017 en Catalunya.

En esta entrevista, su voz sólida, crítica y resistente nos ayudan a entender de forma muy clara la idiosincrasia del Estado Español y los principios que lo rigen. Su larga experiencia en la defensa de militantes perseguidos políticamente ante los tribunales españoles, tanto durante el franquismo como en democracia, nos permiten entender por qué hoy en el Estado Español sigue existiendo la persecución política, presos políticos y exiliados de las personas que defienden los derechos y la soberanía de los pueblos.

Presentamos también esta entrevista desde la pluralidad jurídica y cultural de su lengua original, respetando al máximo las palabras y la oralidad del entrevistado durante toda la conversación. Agradecemos que August Gil Matamala nos dedicara su tiempo y su atención. Con esta publicación queremos colaborar en reconocer una trayectoria y una tarea de uno de los “imprescindibles”: un abogado antifranquista que ha dedicado

toda una vida a la defensa de los derechos democráticos, sociales y nacionales. Estamos seguros que sus palabras y aportaciones pueden resonar también en América del Sur, que ha sido, también, golpeada por dictaduras militares que proyectan aún su alargada sombra, ante nuevas formas de autoritarismo.

Clara Camps Calvet (C): ¿Cómo explicaría los hechos del 1 de octubre en relación con la trayectoria de Cataluña y del Estado español en democracia?

August Gil Matamala (A): Ya se ha opinado y se ha escrito mucho sobre el tema. Cada uno ha sacado un libro...La lista de bibliografía es inmensa sobre el 1 de octubre ¿Cómo lo viví yo? Yo estaba muy al corriente de la preparación del 1 de octubre. No era una persona que apareció el día 1 de octubre sin saber nada. Por tanto, yo tenía la convicción de que sería un éxito en el sentido de participación, que habría mucha gente dispuesta a saltarse la prohibición legal o judicial, en este caso, más bien judicial y, por tanto, no me sorprendió en sí mismo. Pero sí lo que realmente fue una sorpresa, fue la capacidad del público en general de aguantar la represión que hubo sobre el terreno. Esto es una circunstancia que yo creo que nadie podía prever. En todo caso, no la previeron los poderes públicos que actuaron represivamente. La idea era clara: la gente saldrá, irá a votar, pero, cuando vean que llegan los uniformados vestidos de extraterrestres, pues la gente hará lo que es normal: se irá. ¡La resistencia es lo que me sorprendió! La conclusión que saco, o que saqué o que se ha sacado, es que se había logrado crear, a través de los meses anteriores, la idea de que era un momento clave, un momento importante, un momento casi histórico. Y mucha gente, aquellos dos millones que se movilizaron, gran parte, una gran mayoría, estaban realmente con la convicción de que hacían algo importante, que era una decisión, de una forma muy clara, alternativa, sin terceras preguntas u opciones varias, tener que elegir esto o esto; era un sí o un no. Y motivó, porque fue una expresión de voluntad de las bases sociales de

participar y de poder decidir, y se lo creyeron. El derecho a decidir se convirtió en algo que ha calado. Es un proceso relativamente rápido, pero tampoco inmediato: dura varios años desde que se empezó a promover el concepto de derecho a decidir. En el año 2017 llevábamos siete u ocho años hablando de ello. Es un concepto que una parte muy importante de la sociedad catalana asimiló y lo ha hecho suyo. Y es la manifestación de una voluntad de participación democrática como no la habíamos conocido nunca. Hasta el punto de que esta sensación de ser un punto importante y que la gente estaba dispuesta a defender, en ese momento se convirtió en una práctica de resistencia inesperada.

C: ¿Cree que los hechos del 1 de octubre suponen un punto de ruptura, o casi de apertura de un nuevo marco mental e ideológico?

A: Creo que sí. Las cosas no son nunca de un momento a otro. No hay una iluminación. Hay unos años precedentes. Pero aquí se dieron una serie de puntos de confluencia que posibilitaron que se pueda hablar de un momento de ruptura. El problema es que fue una ruptura parcial. Fue la mitad -esta famosa mitad- que lo creyó y la otra mitad que no se lo creyó. Este es un punto importante, porque a veces estas situaciones se convierten en absolutamente mayoritarias, se produce un contagio social y se producen situaciones de esas que arrastran una gran mayoría. Y aquí, si bien es enorme la cantidad de gente que participó y que se lo creyó, también no deja de ser cierto que se quedó en la mitad y que hubo una mitad de la población que no se sintió motivada, interesada ..., estaba desinteresada. La reacción contraria es posterior; en ese momento no hubo una reacción contraria, no salieron los contrarios al referéndum a la calle a manifestarse. Simplemente quedaron en casa. Fue después cuando se produjo la represión, el 155, etcétera, y toda la concentración mediática española que hizo salir a la gente. Pero en ese momento no se sintieron motivados y se quedaron en casa.

C: Respecto a la actuación policial ¿era esperable?

A: No era esperable, pero yo tampoco esperaba que la gente aguantara de aquella manera. Pero, viendo como la gente se resistió, era perfectamente esperable. La actuación normal de las fuerzas de orden público en este país, con toda su historia y lo que representa, era perfectamente esperable. Incluso el nivel de violencia podría haber sido más si lo comparamos con otras situaciones. Se jugaba mucho el Estado español en este referéndum, porque habían dicho que no se haría, que no habría urnas, que no habría votantes, que no habría papeletas, que no habría colegios... ¡Se jugaban mucho! La prueba es que el fracaso político es histórico por parte del Estado español. Por lo tanto, como que se jugaban tanto, se podía esperar perfectamente que la voluntad fuera de cerrar los colegios, de llevarse las urnas, de dispersar a la gente y todo el mundo a casa..., se jugaban mucho. La prueba es todo lo que ha pasado después. Es un fracaso que les ha costado muy caro en términos represivos... Pero en sí mismo fue un fracaso para el estado. Ante esto estaban perfectamente mentalizados de lo que tenían que hacer, que era evitar el referéndum; al no conseguirlo, la actitud violenta podría haber sido incluso más severa. El hecho es que se frenó en seco, lo que no se ha conseguido “averiguar” ni aclarar, y no sé si algún día se sabrá es por qué, a partir de un determinado momento, la Policía Nacional y la Guardia Civil abandonaron, quién fue el que dijo “dejémoslo estar”, qué presión hubo, de dónde... Pero es un hecho que, sobre las dos de la tarde, una hora determinada, la policía se retiró.

C: Cambiando un poco de tema, se ha dicho, se ha repetido o ha surgido la idea de que, en el sustrato del Estado español, siguen perviviendo elementos que podemos relacionar con el franquismo. De hecho, la actuación represiva ante los hechos del 1 de octubre podría ser demostrativa de esta afirmación. ¿Estaría de acuerdo con esta afirmación? Y ¿en qué aspectos sí o en cuáles no? ¿serían necesarios matices?

A: Es absolutamente cierto, comprobado y demostrado que hay una continuidad en determinados aparatos de Estado entre el franquismo y la actualidad. Aquí no hubo transición, se saltaron la transición, continúan vigentes y actuales. Hay una conducta clarísima que afecta especialmente a algunos poderes del Estado más que otros. Creo que podemos hablar de un cierto cambio, bastante profundo, de un elemento que históricamente ha sido fundamental en el Estado español, que es el ejército. Es indudable que el papel del ejército durante el franquismo o en el periodo, digamos, democrático es completamente diferente. Ha perdido su papel predominante en todos los terrenos. ¿Por qué esto? Porque efectivamente hubo una cierta depuración, una depuración *light*, en el sentido de que no fue una purga, pero que sí es claro que hubo -durante los primeros gobiernos socialistas- una renovación profunda de la estructura militar. Desapareció el servicio militar obligatorio, esto fue un punto muy importante; se creó un ejército mucho más profesionalizado y mucho más reducido. Una gran cantidad de militares pasaron a la vida civil, naturalmente con sus pensiones, sus prebendas y sin que nadie les pidiera cuentas de nada. Perdieron las herramientas de poder que tenían, que eran el “mando” de un ejército numéricamente importante y que controlaba todo el país. Por ejemplo, también se podría decir que la Iglesia ha dejado de ser un elemento central de poder en el Estado. En cambio, hay otras columnas, otras estructuras básicas del Estado español, que quedaron absolutamente intactas. Una es el poder judicial y la otra las fuerzas públicas, las fuerzas represivas, no militares, las fuerzas policiales. Esto no se tocó. Quedó absolutamente intacto, con algunas excepciones, las más vistosas. Esto se ha estudiado mucho. No digo nada nuevo. En todo caso hablo porque lo he vivido. Entonces puedo confirmarlo. La estructura judicial quedó absolutamente intacta. El paso del Tribunal de Orden Público a la Audiencia Nacional ha sido también muy comentado. Hay una continuidad, no en los contenidos represivos, pero sí en la estructura y el personal. Y a la policía y a la Guardia Civil no se las tocó para nada. ¿Esto qué ha significado?

Pues que son unos cuerpos muy endogámicos que se reproducen dentro del mismo ambiente social, muchas veces familiar. Hay un mundo judicial que es completamente endogámico, extraordinariamente endogámico. Se podría hacer un estudio de los apellidos, de cómo las familias se reproducen, vuelven a repetirse. El poder judicial se adaptó a la nueva situación, pero no cambió de mentalidad. Tiene una mentalidad autoritaria: el que tiene autoridad manda y el resto de la humanidad obedece. Este es un principio autoritario, que es también el concepto militar. La diferencia es que el poder judicial ha conservado en sus manos todo el poder. Y es enorme el poder que tiene la estructura judicial. Tiene un poder “tremendo”. Muchas veces no se nota, no se valora, se olvida y se piensa sólo en los políticos o en los poderes económicos, que son más vistosos, pero el poder judicial en todas partes tiene una gran importancia. Por lo tanto, la estructura se mantiene, la mentalidad se mantiene y hay una transmisión dentro de esta endogamia que hace que hoy día nos encontramos en una situación que se podría comparar con el momento final del franquismo: ¿cuántos jueces catalanes, de origen catalán, habían trabajado en Cataluña a finales del franquismo? Los podemos contar, y me gustaría contar los que hay ahora, y la proporción debe ser la misma. ¿Por qué? Para que esta transmisión y esta estructura coopta constantemente. La autoridad, quien manda sobre los jueces, es el Consejo General del Poder Judicial. Funciona por cooptación. Constantemente, los que están dentro dan y los sustitutos y hay una rueda constante que hace que siempre sean los mismos, y los elementos exóticos o discrepantes siempre son una minoría. Siempre en todas partes hay alguna excepción, el Tribunal Constitucional hay un magistrado que no tal, en el Tribunal Supremo conocemos a Martín Pallín y conocemos a no sé quién, en el Consejo General del Poder Judicial siempre hay alguna persona ...pero siempre es una minoría. Hay un control que hace que las mayorías siempre sean las mismas. Luego está el otro elemento, que es el funcionariado civil del Estado, los cuerpos de la administración del Estado, que de una manera

no tan notoria como es en el poder judicial también tienen, sin embargo, un nivel de endogamia y de persistencia. Salen de los mismos lugares, de las mismas provincias... Todo está atado: una persona de clase media, con estudios más o menos brillantes de bachillerato, que quiere ir a la Universidad, que va a la Facultad de Derecho en Soria o Segovia, una vez sale con un título de licenciado en Derecho no tiene más remedio que entrar a la administración del Estado, ¡no tiene más remedio! Porque si abre un despacho de abogados en su pueblo, pues se morirá de hambre. El ambiente social condiciona y el resultado es que tengamos un funcionariado que tiene una mentalidad autoritaria y absolutamente conservadora, y que más o menos se adapta a los cambios políticos, y se va adaptando más o menos, pero siempre esperando el momento de decir: “Hasta aquí hemos llegado”.

Ignasi Bernat Molina (I): Ha quedado clara esta continuidad del aparato policial, judicial y del funcionariado con el régimen franquista y su endogamia. Pero en relación con el papel de la Iglesia y del ejército es cierto que han perdido el rol central que jugaban en la vida política del antiguo régimen, pero quizás no se deba tanto a una democratización de esas instituciones...

A: Han perdido su papel, han perdido el poder. El poder que tenía el ejército durante el franquismo era el que mandaba directamente. El presidente de la SEAT era un militar y la autoridad máxima del aeropuerto de Barcelona era un militar almirante. Y en todas las empresas públicas había un militar, y los cuarteles estaban llenos de gente a quien los militares hacían pasar por la disciplina y hacían adquirir los hábitos de la obediencia a la autoridad. ¡Y realmente han perdido este papel! Y no hablamos del papel de la iglesia como control social y como control económico. Porque, por supuesto, el cambio político era incompatible con el mantenimiento de un poder eclesiástico y de un poder militar en la forma antigua. En cambio, el poder judicial y el poder económico y el funcionariado pasaban más

desapercibidos. Es decir, su función seguía siendo necesaria en los mismos límites y, por tanto, el poder que tenían lo van a conservar aparentemente. Está claro que se podría matizar mucho: es evidente que hay un primer momento, si nos centramos en el poder judicial, en el que hay un cierto esfuerzo en el momento que se crea el Tribunal Constitucional. Es evidente que los primeros años, los primeros tribunales constitucionales, como era un tribunal nuevo que no tenía precedentes y que, por tanto, se escapaba de esta máquina que se reproduce a sí misma, pues se nutrió de juristas bastante progresistas. Los primeros años del Tribunal Constitucional sí que hicieron un trabajo notable, por ejemplo, los cambios de interpretación legal entre otros. Esto provocó el gran conflicto con el Tribunal Supremo. Durante los primeros años de democracia, hay una fricción constante entre el Tribunal Supremo -producto de la reacción y del conservadurismo más rancio- y el Tribunal Constitucional. Hay una cantidad de fricciones tremendas. Y constantemente el Tribunal Constitucional debe corregir decisiones del Tribunal Supremo, hasta que llegó un momento en que el Tribunal Constitucional pasa paulatinamente a ser controlado por jueces afines al Partido Popular. Y ahora ya podemos decir que el Tribunal Supremo es casi más progresista que el Constitucional.

I: Los militares, que ha explicado que habían tenido un papel clave en el mundo empresarial, ¿qué hicieron? ¿volvieron a la vida militar? o ¿renunciaron a la vida militar para poder mantener estos puestos de poder en el ámbito económico y empresarial?

A: Lentamente hubo un desplazamiento, ¡sí! Aquel poder iba atado con una situación que surgía de la autarquía económica de los primeros años del franquismo, lo que se verificaba al cien por cien en las empresas públicas. Era un régimen de autarquía, sin inversión exterior y absolutamente dirigido desde el poder. El poder político y el poder militar eran uno. El jefe del Estado era un militar y su brazo ejecutor, que se llamaba Carrero Blanco, era un almirante de la Armada. Había una confusión

total entre el poder político y el poder militar. En régimen de autarquía, la vida económica estaba absolutamente Gobernada por este poder político militar. Esto hacía que los militares te los encontraras en todos los asuntos. Cuando se rompe el régimen autárquico a través de las grandes reformas de finales de los años cincuenta, esto empieza a cambiar, porque empieza a entrar capital extranjero. La SEAT, que era una empresa absolutamente estatal, de capital público, ahora es una empresa de capital de alemanes, italianos y mucha otra gente. Ha sido el mismo cambio de la transformación económica que ha ido desplazando el papel de los militares. Pero algunos subsistieron bastante tiempo.

C: La idea de la continuidad de las estructuras del régimen y la democracia es muy interesante.

A: Sí hay continuidad. Sobre todo, la idea de que por mí debe quedar clara es que la continuidad se verifica en el sistema judicial, en el funcionariado y en los cuerpos represivos. Los torturadores del franquismo aún continúan condecorados y cobrando pensiones exorbitantes. Esto no se puede ocultar.

C: ¿Cuáles son los elementos que ponen más de relieve esta continuidad en relación con el 1 de octubre y toda la represión que ha habido posteriormente?

A: El hecho más destacado es precisamente el papel de los tribunales, jueces y fiscales, en la represión. Para mí es el más vistoso. El elemento donde hay más continuidad con el franquismo es en el papel de los fiscales en el juicio del proceso. Los fiscales, tal como actuaban allí -y en la parte fundamental aceptada por los tribunales, las sentencias- estaban diciendo claramente que hay cosas que están por encima de la legalidad democrática, de los derechos fundamentales. Y estas cosas son el principio de autoridad y la unidad de la patria. Esto quedó clarísimo. No te niegan que haya derecho a manifestación o derecho a la participación política, pero esto tiene un límite, y

ese límite es el principio de autoridad, por un lado, y el principio de la “indestructible unidad de la nación española”. Esto representa un límite obstativo. Todo lo que ponga en riesgo estas dos cosas es un problema. El que manda ha de ser obedecido. Este es el problema de la famosa desobediencia. En definitiva, el punto fundamental que justifica que se les condene es que desobedecieron una orden judicial. Este es el hecho fundamental que es la razón de ser, la base fáctica, el hecho. ¿Qué hecho? ¿Por qué a estas personas que tenían cargos, a estos consejeros de la Generalitat, se las condena a diez, doce, y trece a alguno, años de cárcel? Porque desobedecieron una orden del Tribunal Constitucional, básicamente es eso. Lo que hicieron fue desobedecer. Les dijeron: este referéndum no se puede hacer. Y resulta que, mal o bien, lo hicieron. Unos contribuyeron más otros menos, pero el hecho básico por el que han sido condenados es porque había una orden de la autoridad..., de la autoridad suprema. Es decir, la autoridad política se desentendió del tema, no hizo nada, desapareció. El poder político el 1 de octubre desapareció y el único poder efectivo era el poder judicial y el poder represivo de las fuerzas de orden público. Es el único que actuó, porque el poder político desapareció. Entonces hay un Tribunal Constitucional que dice “este referéndum es ilegal” y hay unos fiscales que le piden al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que diga que lo prohíbe. Y sale la juez Armas, que dicta la famosa interlocutoria diciendo que se han de cerrar los colegios, que se deben recuperar las urnas... O sea, son órdenes judiciales que se incumplieron, se desobedeció la autoridad judicial, es decir, se desobedeció la autoridad. Una vez esta gente, el poder judicial, se encuentra que le han dado carta blanca, y el problema es vuestro y, lo tenéis que resolver vosotros, entonces actúan bajo este concepto ideológico y de otro ligado al mismo, que es el principio de la defensa de la unidad de España. “Nos toca a nosotros -jueces, fiscales y toda esta tropa, somos los que debemos de preservar, por encima de todo, la unidad de la patria y evitar esta impertinencia de estos desgraciados que se quieren ir”. Actuaron bajo estos dos

principios ideológicos, y ningún otro argumento basado en el ejercicio de derechos fundamentales y la misma legalidad eran válidos. Había una legalidad: la convocatoria, realización o promoción de un referéndum no era delito, legalmente no era delito, y el derecho de manifestación no estaba suspendido ni nadie lo había prohibido, porque no estaba declarado el estado de excepción ni de alarma ni de asedio ni esas cosas, que dependían del poder político. Si Rajoy hubiera decretado el estado de excepción estaríamos hablando de otro tema. Pero el poder político no tomó ninguna decisión hasta después, cuando aplicó el 155. Pero el poder político, en aquel momento, no hace absolutamente nada más que hacer recursos al Constitucional, dejando que el Tribunal Constitucional dictará resoluciones que se convertirían en ejecutivas por gracia de... ¡Le dieron una fuerza ejecutiva que evidentemente no tenía! ¡Ni tiene ningún Tribunal Constitucional del mundo! No tiene ninguna capacidad ejecutiva, ninguna, ninguna, porque no es su función. El Tribunal Constitucional simplemente comprueba, una vez se ha producido un acto legislativo o un acto de trascendencia jurídica, si se adecua o no a la Constitución. Pero actúa *a posteriori*, pone un termómetro cuando ya se ha producido el hecho. No actúa nunca por propia iniciativa con carácter ejecutivo. Pero se le dio esta facultad. Entonces, para el referéndum con órdenes judiciales que deben cumplirse. Pero es que el incumplimiento de una orden judicial no es un acto de sedición, es una desobediencia al poder judicial, que conlleva unas inhabilitaciones, nada más. Pero ¿a ellos mismos quienes los para? Al Tribunal Supremo, cuando sabe que el Tribunal Constitucional lo tiene completamente a su favor, ¿quién lo puede parar? No los para nadie, porque los jueces son independientes en el momento en que toman sus resoluciones, es absolutamente verdad. La independencia del poder judicial es una realidad: en el momento en que un juez toma una decisión, la hace él y sólo él, y es el responsable. Lo que pasa es que las consecuencias de sus decisiones son enormes. El mismo juez sabe perfectamente lo que se juega cada vez que actúa, sabiendo que el de arriba

(y siempre hay un de arriba) lo corregirá o bien por vía de recurso o, simplemente, este juez, como le pasó al pobre Santi Vidal o a otros jueces, desaparecen de la carrera judicial rápidamente. Si no desaparecen, no pasarán de jueces de primera instancia de instrucción, se les ha acabado su *cursus honorum*.

C: ¿Este principio de autoridad y de unidad de España se pone muy en evidencia con el “juicio del procés”?

A: Se pone muy en evidencia ... Por otra parte, también se pone en evidencia con la continuidad de los criterios represivos, que vienen a resolver los problemas por la violencia por parte de las fuerzas del orden, que también es una vieja historia que arranca del franquismo y más allá. El franquismo es una forma exacerbada de la historia de España. El franquismo no inventó la tortura, ni la represión, ni la pena de muerte. Lo que pasa es que lo llevó a un grado máximo dentro del siglo XX.

C: Y en otros juicios importantes, por ejemplo, en el seno de la Audiencia Nacional, ¿la evidencia del pasado franquista, por parte de los estamentos judiciales, también es tan evidente? O ¿es en este juicio del 1 de octubre que sale a la luz?

A: El lazo ha sido siempre evidente. Yo podría hablar, por ejemplo, ya que hablamos de experiencia propia, de cuando defendí unos que les acusaba de asesinato del señor Bultó. El presidente del tribunal, el presidente de la sala, que era una sala de cinco magistrados, se presentó con una representante al juicio con un brazalete con la bandera española. Los acusados, naturalmente, eran acusados de terroristas independentistas. Siempre esta continuidad se ha manifestado, y toda la historia de la represión en el País Vasco también viene marcada por estos principios. También toda la legislación antiterrorista siempre se justifica a través del tema de la defensa de la unidad. De todos modos, la historia catalana es más transparente, más clarificadora, porque no existe la justificación de la violencia terrorista, que en el tema vasco lo contaminaba todo. Pero en el fondo es lo mismo;

los juicios que se han visto en la Audiencia Nacional (que yo he visto muchos y he participado en algunos cuando ejercía) contra acusados de pertenecer a ETA o colaboradores de ETA era evidente que el problema que allí se debatía no era si esa persona había puesto un “petardo” o había matado a alguien. No, ¡no! El problema era que esa gente eran independentistas vascos. Por colaboración con ETA han condenado gente simplemente para actividades estrictamente culturales de defensa de la lengua vasca. Esto está clarísimo. El tema siempre ha sido éste, básicamente. Esto es un principio estructural del Estado español, que está basado en el hecho de que hay un Estado que debe mantener su perímetro intacto, porque hay gente dentro de este perímetro que se quiere ir, históricamente. Es algo tan sencillo como esto. No sucede en otros países, no pasa en países donde son todos suecos por ejemplo. “La unidad de la patria sueca” es un concepto que no lo entienden, “¿qué quiere decir usted?”. El Estado sueco no tiene este problema, y muchos otros tampoco. Gran Bretaña tiene sus escoceses y sus etcéteras, pero lo que es Inglaterra no lo tiene.

I: Por lo tanto, ¿hay un sustrato de derecho político, es decir, gran parte del derecho penal debería leerse como un derecho político?

A: Claro, es una forma de no querer resolver los problemas políticos y, cuando no hay una posibilidad de resolver por una vía democrática y consensuada un problema político se aplica la represión. Al momento que se aplica la represión, interviene la Justicia. Es lo que justifica la represión, lo que legitima la represión, es un derecho penal político.

C: Ante el conflicto y las demandas de Cataluña, la palabra clave que el poder político y el judicial han puesto sobre la mesa es la defensa de la democracia y la defensa de la Constitución. Y, de hecho, en Cataluña, el movimiento que ha reclamado el derecho a la autodeterminación ha planteado otra idea de democracia. ¿Cuál cree que es la idea de

democracia que defiende el Estado? ¿Cuál es la idea de fondo? Y ¿cómo ha entrado en conflicto con la idea de democracia que implica el derecho a la autodeterminación?

A: La democracia son las cosas tal como están y no se pueden cambiar. Es imposible cambiar la Constitución, la monarquía es intocable y “todo dentro de la ley”. Sólo se puede hablar dentro de la ley. Por tanto, la ley, quiero decir la ley actual, la ley vigente, el *statu quo*... hay que hablar dentro de este marco. Quiere decir que la ley no se puede tocar. ¿Entonces la ley qué es? ¿Algo que se impone? ¿Que está por encima? ¿Es el resultado de la voluntad democrática del pueblo la que crea la ley o es la ley la que es un constituyente previo? Primero está la ley y después, dentro de la ley, puedes hacer lo que quieras, puedes ser demócrata, puedes defender la democracia, puedes defender lo que quieras, dentro de la ley. Pero... ¿qué significa estar fuera de la ley? Si el marco legal es que la democracia es igual a legalidad, ¿qué quiere decir esto? Entonces te dicen: “Tienes que cambiar la ley a través de los procedimientos que la misma ley prevé». Pero la misma ley te dice que esto es intocable... Bueno, la ley no lo dice nunca, pero los tribunales sí que lo están diciendo, te dicen que eso es intocable. Entonces la ley se convierte en una jaula, una jaula, una jaula... De hecho, leyes siempre ha habido. Si ibas al Tribunal de Orden Público te castigaban e ibas a prisión porque habías infringido la ley. Y se trataba de la aplicación de una ley tan legal como las que tenemos ahora. ¡La habían aprobado unas Cortes! El franquismo era la situación más legal del mundo, nunca ha habido más leyes ni las habrá en la historia. El Boletín Oficial del Estado salía cada día y cada día se aprobaba algún decreto, alguna ley o alguna ley orgánica. El Aranzadi del franquismo supone que cada año salía un “tomo” así de grueso, que yo coleccionaba. Te lo enviaban por fascículos, iba saliendo por fascículos y al final del año te enviaban unas tapas de pergamino muy vistosas y lo encuadernabas. Había años que con un “tomo” así no cabían, y entonces tenías que hacer dos “tomos”. ¿Legal el franquismo?

¡Más legalidad que en el franquismo no te lo puedes imaginar! Además, era una legalidad que pasaba por todos los trámites, porque había unas Cortes, había ponencias, había comisiones legislativas, se presentaban proposiciones de ley, se debatían en las Cortes, se aprobaban, pasaban al “jefe del Estado”, salían publicadas... ¿Qué más quieres? ¿Qué más queremos? La Alemania nazi estaba llena de leyes, de tribunales y de jueces que aplicaban la ley. ¿Qué quiere decir la ley? ¿La legalidad? ¿De dónde sale esta ley? ¿Qué representa esta ley? ¿Cómo nació esta ley? ¿Cómo se aprobó? ¿Cómo se interpreta? ¿Cómo se le da la vuelta? Ya estamos hartos de eso. Hablar de que el sometimiento a la legalidad es la medida de la democracia es absurdo. La ley es el resultado de la voluntad popular y, naturalmente, esta voluntad es cambiante. Y esta voluntad cambia, cambia, y la ley debe ir siempre detrás. Siempre va detrás, pero como mínimo marcha detrás de la voluntad, y eso es la democracia.

C: Hay como un sustrato cultural profundo en el Estado Español de esta idea de orden y de autoridad ...

A: Es un país que ha vivido la autoridad. Sólo comparable con los antiguos romanos. Es el concepto de autoridad: el que manda tiene razón, y ya sabes que, si haces lo que no quiere la autoridad, tendrá consecuencias. Esto está incorporado en la mentalidad social de la mayor parte de España. Hay las minorías discrepantes y gente preciosa en todas partes, pero la gran mayoría de la población española está conformada por el concepto de autoridad y por el concepto de la sumisión al cura, a la autoridad civil y la autoridad militar, y al juez. Y todo esto sigue funcionando. Por tanto, la idea de que infringir la ley es imposible, pues, está muy arraigada. En cambio, el concepto democrático que defendemos algunos es que la voluntad popular se expresa a veces infringiendo la ley, rompiendo la ley, desobedeciendo la ley... Porque es este decalaje que hay entre el proceso del progreso humano y las estructuras jurídicas, que, como son su consecuencia, van más atrasadas. Algunas veces se crea una distancia tan grande que

la conciencia popular de determinados sectores de la población considera que esa ley no es legítima, porque no responde ya ni a las necesidades ni a la voluntad social; por lo tanto, entonces se infringe la ley. Se infringe la ley constantemente, y es la forma en que normalmente se han cambiado determinadas estructuras, y es triste que sea así. Probablemente lo que sería bonito es que el proceso democrático pudiera incidir a través del Parlamento y el proceso legislativo, que hubiera una relación más directa y hermosa.

I: Cuando se refería a eso de constituyente previo, era una imagen muy bonita para hablar del soberano o del poder constituido, y me preguntaba ¿cuál sería para usted este soberano o constituyente previo al Estado español?

A: Son estas estructuras que están fuera. Es la debilidad de la capacidad de control democrático que tienen los países que han vivido, históricamente, períodos muy breves verdaderamente democráticos. Y esto hace que las estructuras preexistentes en la democracia -por ejemplo, la monarquía y las estructuras de poder social religioso, militar, judicial, económico- se hagan presentes. Las revoluciones democráticas han sido siempre, en España, precarias, muy breves, otras veces intercaladas con períodos dictatoriales muy represivos... En España son muy breves estos periodos democráticos. Aquellos períodos represivos son la reacción, a veces, a estos pequeños periodos, como el *trienio liberal* en tiempos de Fernando VII, cuando hubo tres años de democracia. Después del trienio liberal, vino una reacción que duró veinte o veinticinco años. Otro ejemplo es la Segunda República y lo que vino después. Al ser tan débil la asimilación por parte de la sociedad española en general, de la idea que la actividad del pueblo es la creadora de las instituciones y que legitima la legislación, esto hace que estas estructuras preexistentes, que son externas y evidentemente preconstituyentes del sistema democrático, conserven su papel dominante. Si no, ya me explicarás por qué vota la gente Vox. ¿Por qué lo vota? Porque hay mucha gente a la que le gusta ver un “tío” que dice: “Por

mis cojones, yo pondré orden aquí”. Es la autoridad, el *macho*... Además, con la forma española. El fascismo tiene muchos aspectos, pero hay un fascismo español que es una variante muy específica. Evidentemente Catalunya tiene otra historia, guste o no guste; resulta que la historia de Catalunya es diferente, es diferenciada, por eso es una nación. No es sólo la lengua o que aquí se baila de una manera diferente popularmente o que la butifarra es diferente de la “morcilla”; es una historia diferente y que viene de muy lejos. Esto mi añorada amiga Eva Serra lo explicó muy bien en algunos de sus libros. Hay una estructura social, una estructura económica, una evolución histórica que han hecho que conceptos como este de la capacidad de decidir de la gente, es decir, conceptos básicos de democracia, sean más extensos. No quiere decir que lleguen a todos, pero yo creo que hay una difusión mucho mayor de esta concepción que la voluntad popular es la creadora de las instituciones y que es la fuente de poder. Esto hay mucha gente que lo ha mamado. Creo que, durante estos últimos años, más o menos democráticos, al menos en Cataluña, se ha hecho una cierta pedagogía en este sentido. Insuficiente probablemente, pero se ha hecho una pedagogía. Las escuelas han funcionado. Mis hijos han ido a escuelas muy diferentes a las mías. Además, hay un consenso democrático de base. Por lo tanto, este concepto que se puede desobedecer la autoridad cuando esta autoridad ha perdido legitimidad, esto está más integrado. Toda la historia libertaria que tiene este país ha influido, y esto no es una ficción, esto se ha vivido. Esto ha pasado, se ha transmitido y ha dejado huella. Aunque hay determinadas cosas que parecen anacrónicas, pero la tradición libertaria que ha habido en Cataluña, la encontramos muchas veces, rascando poco o mucho.

I: Esto que comenta me hace pensar en lo que cuentan algunos historiadores andaluces. Algunos de ellos explican muy bien que el problema no fue la arabización o la conquista, sino la reconquista de Castilla hacia Andalucía. Cómo los nobles conquistaron la tierra da lugar a un modelo de

inicio de la acumulación originaria (y, por tanto, de inicio del capitalismo) a la mitad sur de la Península que explica una estructura social y económica totalmente diferente a la catalana...

A: Y, además, el mantenimiento de Andalucía como un país estrictamente agrícola es un efecto de esta situación política. De una propiedad de gente que vive opulentamente de las rentas de la tierra y, por tanto, ¿por qué se tienen que preocupar en buscarse la vida montando negocios o industrias, si ya les viene los ingresos de la tierra? En Cataluña la gente ha tenido que espabilarse, porque la tierra no ha garantizado que hubiera una clase social ociosa que pudiera vivir de las rentas, porque la tierra no ha dado para ello. Entonces es una historia diferente que ha creado una estructura social diferente. Esto, en este sentido, nos hace diferentes y nos hace más cercanos a situaciones de otros países europeos que han vivido esta experiencia.

C: Volviendo a la cuestión del juicio del 1 de octubre y de los hechos del 20 de septiembre, ¿cómo es posible la construcción de la presunta existencia de los delitos de rebelión y sedición?

A: Es muy fácil: era absolutamente imprescindible, si se quería meter en la cárcel la dirección política del independentismo. Era necesario, porque de una u otra manera era imposible justificar la prisión preventiva, por ejemplo. Para coger todo un gobierno y meterlo en la cárcel, debes justificarlo de alguna manera y, por lo tanto, tienes que encontrar un delito que por su gravedad justifique tener la gente en la cárcel. Esta es la explicación simplísima, porque justificaban no sólo la prisión preventiva, sino la inhabilitación para al ejercicio de los cargos públicos. Es decir, el artículo 155 significa la disolución del gobierno y se convocan elecciones. Esto no pudo impedir que se volvieran a presentar los mismos. Puigdemont, Junqueras y todos los demás iban de cabezas de lista y volvieron a ser elegidos. Esto era lo que no podía ser, partiendo del concepto de acabar con el

proceso de separación de Cataluña. Una manera de terminarlo: se les debía acusar a base de inventarse un relato. Bueno, ni siquiera se lo inventaron, de hecho, es que ni se molestaron. El relato de los hechos según la fiscalía, que es lo que ha salido en los hechos de la sentencia, no es nada exagerada. No es que se hayan inventado gran cosa, se ajusta bastante a la realidad, pero les es absolutamente igual. Porque, cuando tú tienes el poder impune, sabes que nadie te llevará la contraria y que, en todo caso, te llevará la contraria un tribunal europeo de los derechos humanos dentro de diez años. Entonces haces lo que te da la gana. Y los jueces hicieron absolutamente lo que les dio la gana, tenían carta blanca e hicieron el que quisieron, fiscales y jueces. Entonces se trataba de liquidar el gobierno y los líderes del independentismo porque pensaban que la gente hace las cosas porque hay alguien que les mandaba. ¿Por qué la gente salía a las manifestaciones, reclamaba, protestaba y fue votar? Porque había unos líderes, unas personas con autoridad. Ellos lo ven siempre desde su mentalidad. Estas personas tenían que liquidar y con ello se acababa el problema; así es como lo veían ellos. Por lo tanto, la manera de acabar con el problema es meterlos en prisión, es la gran solución. La solución clásica y definitiva. Y la manera de poder tenerlos en prisión es con una acusación de rebelión. El delito de sedición aparece mucho más tarde, aparece cuando la abogacía del Estado cambia rebelión por sedición, porque la fiscalía no ha cambiado nunca su relato. La acusación de sedición aparece por primera vez cuando la abogacía del Estado califica los hechos en la fase del juicio oral. Esto ocurre cuando hay Pedro Sánchez en el gobierno. Entonces, la acusación de rebelión, que conlleva penas de hasta 25 años, era la que justificaba la prisión preventiva y la inhabilitación para ejercer cargo público. Cuando salen elegidos diputados tienen que renunciar, porque, al estar en prisión, no pueden ejercer su función política. Cuando intentan que se presente Puigdemont como candidato a la presidencia, no lo dejan, porque resulta que está en rebeldía por rebelión. Esta es la justificación. Yo creo que, desde el primer momento, tanto el juez Llarena como

el del Tribunal Supremo, eran perfectamente conscientes de que el delito de rebelión era indefendible, que no se podían sostener, porque hay un componente de violencia tan integrado en el concepto de rebelión. Este concepto no sólo aparece en el artículo que dice “rebelión es esto, esto, esto..., *alzamiento violento*”, sino que, en los artículos que vienen después se habla constantemente de las armas, de si se entregan las armas... Está todo tan pensado en relación con el “tejerazo” que era imposible aplicarlo a esta situación. Lo que pasa es que, si hubieran acusado de entrada, en vez de rebelión, de sedición, la sedición hubiera hecho más discutible si la competencia podía ser del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Además, la sedición no comportaba inhabilitación y la rebelión, sí. Porque la inhabilitación para cargo público previo a la sentencia sólo la prevé la legislación antiterrorista por delitos de terrorismo y de rebelión. Y, por lo tanto, se podrían encontrar en el caso de que, si volvían a salir elegidos el Puigdemont, el Junqueras, etcétera, que se los tuvieran que tragar como gobierno de la Generalitat. No es un problema ideológico, es un problema práctico, político. Es un problema de táctica política, y demuestra que, en un momento dado, la justicia, los jueces se convierten en el poder político. Hay un poder político paralelo al gobierno de Rajoy que es del poder judicial, que entonces toma decisiones políticas.

C: En relación el delito de sedición, ¿cómo se justifica que haya habido violencia tumultuaria?

A: El problema es la forma en que está redactado el tipo delictivo; es de una falta de definición que no se sabe muy bien que es lo que entra y qué es lo que no entra. Es un problema de definición. En los tipos delictivos debes saber exactamente qué es lo que es delito, qué hechos entran dentro del tipo de delito. La sedición es una serie de actividades, porque puede ser por muchas motivaciones, en qué hay el elemento tumultuario. Claro, ¿cómo se mide qué es un tumulto? Puede ser cualquier cosa. La sedición entonces es cualquier cosa. El gran peligro es

que la interpretación que se ha dado de la sedición es aplicable a los taxistas que colapsan la Gran Vía durante no sé cuántos días, los piquetes de huelga..., porque la sedición se refiere a impedir el ejercicio de la autoridad. Aquí vuelve a jugar el concepto de autoridad. Es decir, impedir que se cumplan las órdenes judiciales, este es un elemento de la sedición; en este caso, el que se aplica. Aquí se les condena porque el 20 de septiembre hubo una situación en la Consejería de Economía donde se dificultó el cumplimiento de una orden judicial. Siempre la orden judicial es el elemento clave que lo liga todo. Siempre hay una orden judicial y un incumplimiento, es decir, un rechazo de aceptar la autoridad. Entonces hay una manifestación enorme allí, no sé si son cuarenta mil personas, que obstaculizan que se cumpla una orden judicial que dice que se debe hacer un registro allí. Y con esto ya tienes el elemento de hecho del tumulto, que es la intención de impedir el cumplimiento de la orden judicial. ¡Pero la gente estaba allí porque estaba protestando! No estaba impidiendo nada, simplemente expresaba una protesta contra lo que se estaba haciendo. No se estaba impidiendo, porque si se hubiera querido impedir la orden, las cuarenta mil personas hubieran entrado dentro la Consejería de Economía y a “patadas” hubieran echado la secretaria judicial y la media docena de guardia civiles que había allí. Hablemos claro, ¿qué quiere decir impedir? Aquella gente estaba allí protestando, no impedía nada. El hecho es que se hizo el registro, con más o menos dificultades se hizo el registro, no se impidió. Últimamente estamos viendo casos en que la base humana, desbordada, impide, sea en Hong Kong o en Santiago de Chile. En estos casos sí que hay impedimento real, por vías de hecho se impide; por ejemplo, una sesión parlamentaria y se echa a la gente del Parlamento, o se ocupa una comisaría de policía, o se abren las puertas de una prisión... Pero la gente estaba protestando, es decir, estaba ejerciendo un derecho fundamental, que es el derecho de manifestación y de protesta. ¿Esto es el *tumulto* que justifica la sedición? No se aguanta. La prueba es que les está costando conseguir las extradiciones de los de fuera. Y el hecho

de que este Jordi Sánchez y Jordi Cuixart⁴ condenados no tiene justificación de ninguna clase.

C: ¿Cuál es el mensaje social que cree que quiere dar el poder Judicial con esta sentencia?

A: Disciplinar la sociedad catalana. Hacerle entender a la sociedad catalana, que debe obedecer, que hay unas leyes, que son las que ellos dan, que hay un poder político y un poder judicial que son ellos, y que cuando dicen algo se debe cumplir. Es el concepto de disciplinar la sociedad, hacerle entender que la autoridad es la autoridad y que la ley se aplica, te guste o no te guste, y se debe cumplir. Después protesta, siempre que la protesta no moleste demasiado.

C: ¿El movimiento por la autodeterminación, con sus límites, ha demostrado que, en parte, el Estado está debilitado en algún aspecto?

A: En muchos aspectos, el Estado puede estar debilitado, pero no en el ejercicio de la fuerza violenta. Yo no lo veo debilitado. Yo dudo mucho que, dentro de las fuerzas represivas, haya algún sector que lo vea mal. Están cohesionadas. Sólo hay que ver los Mossos de Esquadra⁵ como los tenemos. Hay una división clarísima dentro de los Mossos: hay un sector que está por una cierta connivencia con el independentismo, pero hay un sector, que probablemente es mayoritario, que ve que debe actuar como actúa. Si esto es dentro de los cuerpos de los Mossos, dentro de los cuerpos de la Guardia Civil y la Policía Nacional no hay fisuras. Dentro del cuerpo judicial, sí hay alguna fisura. Hay sectores que se desmarcan, pero son individuales o muy aislados. En Cataluña tenemos alguna asociación de jueces que está claramente en connivencia con el proceso, pero es muy minoritaria. Y fuera

⁴ Líderes sociales encarcelados y presidentes de la Asamblea Nacional Catalana y Òmnium Cultural, respectivamente, en el momento del referéndum.

⁵ Es la policía autonómica catalana.

de Cataluña, los aparatos de Estado, en su capacidad represiva, tanto policial como judicial, no hay fisuras. Y, no habiendo esto, queda intacto el poder. Ahora, que el poder político está en una situación caótica es evidente. La situación política es un caos, pero precisamente porque aquellos elementos, que son los malos, están intactos, cuando el poder político está en una situación de caos, hay el peligro de que salga alguien y diga: “Pues ahora pongo orden, porque tengo los elementos de orden intactos a mi disposición”. Aquí, evidentemente, el papel de la Unión Europea y la situación internacional.

I: ¿Cuáles deberían ser los elementos fundamentales para que se de una ruptura democrática con el Estado español por parte del independentismo?

A: Prefiero no opinar, porque no quisiera juzgar la situación actual. Además, procedo de otra cultura. Entiendo perfectamente la formulación de la desobediencia, incluso diría que llego entender, a veces, el concepto de pacifismo. Pero reconozco que vengo de otra época, de otro mundo, de otra cultura y, por tanto, prefiero no manifestarme demasiado. Creo que estoy absolutamente fuera de esta época y cuando ya te das cuenta de que has perdido, que eres un anacronismo, pues guardas... Hablar del pasado sí que me es cómodo. Puedo haberlo vivido, analizado, interpreto la situación hasta ahora, y los aspectos jurídicos y de derecho todavía conservo algún un concepto. Pero ¿qué se debería hacer? ¿qué dirección debería tomar el proceso independentista? Aquí no llego. Prefiero que no me lo pregunten y así no tengo que contestar.

C: ¿Hay una conexión entre un poder judicial que ha actuado de forma muy severa y una extrema derecha en auge, que reafirma los valores de orden, autoridad, disciplina, etc., qué ha propulsado este poder judicial?

A: Aquí se ha vivido, durante muchos años, con la idea de que el fascismo era algo residual, porque efectivamente había unos grupos, “falanges” y cosas raras, tan minoritarios que eran

herederos del franquismo más radical... Parecía que el Partido Popular había conseguido agrupar toda la derecha: conservadurismo, reaccionarismo... Todo eso que sabíamos que existía, que existe, pero pensábamos que se le había dado una expresión política que ya prescindía de la extrema derecha. Nos lo habíamos creído bastante que la extrema derecha no eran más que residuos de nostálgicos del franquismo. Esto se ha demostrado que es una equivocación importante, que hay una posibilidad de reaparición de todo aquello, en una nueva forma, pero que es la misma de siempre a partir de una crisis social importante. Precisamente de la debilidad de la democracia real que hemos vivido: la corrupción de los partidos políticos, tan generalizada, que afecta prácticamente a todos los partidos. La corrupción, como hecho desmovilizador y antidemocrático por excelencia, ha manchado todas las partes: derecha, centro e izquierda. La crisis económica y la precarización han permitido lo absurdo, que sectores de las clases populares, y de la clase obrera, apunten a posiciones de extrema derecha. Ha sido una falta de visión no prever que esta base social posible y potencial acabaría posibilitando el auge de la extrema derecha, aprovechando que el Partido Popular cae tremendamente por la corrupción. Es un peligro evidente que la extrema derecha tenga una expresión política, aprovechando la crisis política y la subsistencia de estos elementos reaccionarios a las estructuras de Estado más peligrosas.

C: ¿Cómo se explica que la represión del Estado se manifieste más con los conflictos nacionales que concretos movimientos sociales? ¿Es así?

A: Efectivamente, hay una diferencia. ¿Por qué? Muy sencillo: los movimientos nacionalistas, vasco y catalán, ponen en cuestión el Estado en sí mismo, el Estado en su estructura. Por lo tanto, ponen en cuestión la monarquía y la dominación de las élites, de las estructuras del Estado. En cambio, de problemas sociales, ha habido muchos y muy violentos, pero siempre muy localizados. Tampoco ha habido una rebelión social global. Porque, en definitiva, los que podrían haber llevado esta rebelión debían

ser la clase obrera organizada, pero esta clase obrera ha sido controlada por dos grandes monstruos que se llaman UGT y CC.OO. Como UGT y CC.OO. han pasado a formar parte del sistema, de la estructura del Estado, la lucha social ha adquirido características fragmentadas, localizadas y desconectadas. Por ejemplo, como cuando se han rebelado los mineros de Asturias, los mineros de Puerto Llano no se han “enterado”, han sido siempre revueltas muy localizadas. Como las grandes estructuras sindicales han controlado el tema, en general, y han servido por un lado de freno y después de amortiguador, estos problemas han sido reprimidos. No ha habido un mayo del 68 en España. Recordemos cómo se reprimían las luchas obreras de los últimos años del franquismo y los primeros años de la transición. En los años setenta, las luchas obreras, tanto en Cataluña como en toda España, realmente eran luchas que se enfrentaban directamente con el Estado, ponían seriamente en cuestión la dominación. Y la represión era de una violencia extraordinaria, a tiros: la cantidad de muertos que ha habido, de gente en la cárcel, de gente torturada, de gente maltratada... En aquellos años, un problema social representaba un verdadero enfrentamiento con el Estado, lo ponía en peligro. Era generalizado y adquiriría amplitud. La huelga de Roca Radiadores se convierte en una huelga general en todo el Baix Llobregat. Determinadas huelgas de la metalurgia arrastran todas las empresas metalúrgicas del Vallès. En últimos años, en cambio, ha sido muy distinto, algunos conflictos sociales han sido muy violentos por parte de los trabajadores, pero se han podido reprimir de una manera que no comportara elementos de expansión del problema. Y los sindicatos lo han ido apagando todo.

C: Por nuestra parte ya estaríamos, si quiere añadir algo más...

A: No, muchas gracias.

C: Muchas gracias a usted.

I: Sí, muchas gracias.

Versión Original (en catalán)

Clara Camps Calvet (C): Com explicaria els fets de l'1 d'Octubre en relació amb la trajectòria de Catalunya i de l'Estat espanyol en democràcia?

August Gil Matamala (A): Ja s'ha opinat i s'ha escrit molt sobre el tema. Cadascú ha tret un llibre... La llista de bibliografia és immensa sobre l'1 d'Octubre ¿Com ho vaig viure jo? Jo n'estava bastant al corrent de de la preparació de l'1 d'Octubre. No era una persona que va aparèixer el dia 1 d'Octubre sense saber-ne res. Per tant, jo tenia la convicció que seria un èxit en el sentit de participació, que hi hauria molta gent disposada a saltar-se la prohibició legal o judicial -en aquest cas, més aviat judicial-, i, per tant, no em va sorprendre en si mateix. Però sí que el que realment va ser una sorpresa va ser la capacitat del públic en general d'aguantar la repressió que va haver-hi sobre el terreny. Això és una circumstància que jo crec que ningú la podia preveure. En tot cas, no la van preveure els poders públics que van actuar repressivament. La idea era clara: la gent sortirà, anirà a votar, però, quan vegin que arriben els uniformats vestits d'extraterrestres, doncs la gent farà el que és normal: se'n anirà. La resistència és el que em va sorprendre! La conclusió que en trec, o que en vaig treure o que se n'ha tret, és que s'havia aconseguit crear, a través dels mesos anteriors, la idea que era un moment clau, un moment important, un moment gairebé històric. I molta gent, aquells dos milions que es van mobilitzar, gran part, una gran majoria, estaven realment amb la convicció que feien una cosa important, que era una decisió, d'una forma ben clara, alternativa, sense terceres preguntes o opcions variades, haver de triar això o això; era un sí o un no. I va motivar, perquè va ser una expressió de voluntat de les bases socials de participar i de poder decidir, i s'ho van creure. El dret a decidir es va convertir en una cosa que ha calat. És un procés relativament ràpid, però tampoc immediat: dura uns quants anys des que es va començar a promoure el concepte de dret a

decidir. L'any 17 portàvem set o vuit anys parlant d'això. És un concepte que una part molt important de la societat catalana va assimilar i l'ha fet seu. I és manifestació d'una voluntat de participació democràtica com no l'havíem coneguda mai. Fins al punt que aquesta sensació de ser un punt important i que la gent estava disposada a defensar, en aquell moment es va convertir en una pràctica de resistència inesperada.

C: Creu els fets de l'1 d'Octubre suposen un punt de ruptura, o gairebé d'obertura d'un nou marc mental i ideològic?

A: Em penso que sí. Les coses no són mai d'un moment a l'altre. No hi ha una il·luminació. Hi ha uns anys precedents. Però aquí es varen donar una sèrie de punts de confluència que van possibilitar que es pugui parlar d'un moment de ruptura. El problema és que va ser una ruptura parcial. Va ser la meitat -aquesta famosa meitat- que s'ho va creure i l'altra meitat que no s'ho va creure. Aquest és un punt important, perquè a vegades aquestes situacions es converteixen en absolutament majoritàries, es produeix un contagi social i es produeixen situacions d'aquestes que arrosseguen una gran majoria. I aquí, si bé es enorme la quantitat de gent que va participar i que s'ho va creure, també no deixa de ser cert que es va quedar en la meitat i que va haver-hi una meitat de la població que no es va sentir motivada, interessada..., n'estava desinteressada. La reacció contrària és posterior; en aquell moment no hi va haver una reacció contrària, no van sortir els contraris al referèndum al carrer a manifestar-se. Es van quedar a casa simplement. Va ser després quan es va produir la repressió, el 155, etcètera, i tota la concentració mediàtica espanyola que va fer sortir la gent. Però en aquell moment no es van sentir motivats i es van quedar a casa.

C: Pel que fa l'actuació policial, era esperable?

A: No era esperable, però jo tampoc esperava que la gent aguantés d'aquella manera. Però, veient com la gent es va resistir, era

perfectament esperable. L'actuació normal de les forces d'ordre públic en aquest país, amb tota la seva història i el que representa, era perfectament esperable. Inclús el nivell de violència podria haver estat més si ho comparem amb altres situacions. S'hi jugava molt l'Estat espanyol en aquest referèndum, perquè havien dit que no es faria, que no hi hauria urnes, que no hi hauria votants, que no hi hauria paperetes, que no hi hauria col·legis... S'hi jugaven molt! La prova és que el fracàs polític és històric per part de l'Estat espanyol. Per tant, com que s'hi jugaven tant, es podia esperar perfectament que la voluntat fos de tancar els col·legis, d'emportar-se les urnes, de dissoldre la gent i tothom a casa..., s'hi jugaven molt. La prova és tot el que ha passat després. És un fracàs que els ha costat molt car en termes repressius... Però en si mateix va ser un fracàs per l'Estat. Davant d'això estaven perfectament mentalitzats del que havien de fer, que era evitar el referèndum; al no aconseguir-ho, l'actitud violenta podria haver estat inclús més severo. El fet és que es va frenar en sec, cosa que no s'ha aconseguit "averiguar" ni aclarir, i no sé si algun dia se sabrà per què, a partir d'un determinat moment, la Policia Nacional i la Guàrdia Civil van abandonar, qui va ser el que va dir "deixem-ho estar", quina pressió va venir, d'on... És un fet que cap a les dues de la tarda, una hora determinada, la policia es va retirar.

C: Canviant una mica de qüestió, s'ha dit, s'ha repetit o ha surat la idea que, en el substrat de l'Estat espanyol, hi continuen pervivint elements que podem relacionar amb el franquisme. De fet, l'actuació repressiva davant dels fets de l'1 d'Octubre podrien ser demostratius d'aquesta afirmació. Estaria d'acord amb aquesta afirmació? I en quins aspectes sí o en quins no? Caldrien matisos?

A: És absolutament cert, comprovat i demostrat que hi ha una continuïtat en determinats aparells de l'Estat entre el franquisme i l'actualitat. Aquí no va haver-hi transició, es van saltar la transició, continuen vigents i actuals. Hi ha un conducte claríssim que afecta especialment alguns poders de l'Estat més

que d'altres. Crec que podem parlar d'un cert canvi, bastant profund, d'un element que històricament ha estat fonamental a l'Estat espanyol, que és l'exèrcit. És indubtable que el paper de l'exèrcit durant el franquisme o en el període diguem-ne democràtic és completament diferent. Ha perdut el seu paper predominant en tots els terrenys. ¿Per què això? Perquè efectivament va haver-hi una certa depuració, una depuració *light*, en el sentit que no va ser una purga, però que sí que és clar que hi va haver -durant els primers governs socialistes- una renovació profunda de l'estructura militar. Es va produir la desaparició del servei militar obligatori, que això va ser un punt molt important i es va crear un exèrcit molt més professionalitzat i molt més reduït. Una gran quantitat de militars van passar a la vida civil, naturalment amb les seves pensions, les seves prebendes i sense que ningú els demanés comptes de res. Van perdre les eines de poder que tenien, que eren el "mando" d'un exèrcit important numèricament i que controlava tot el país. Per exemple, també es podria dir que l'Església ha deixat de ser un element central de poder de l'Estat. En canvi, hi ha unes altres columnes, unes altres estructures bàsiques de l'Estat espanyol, que van quedar absolutament intactes. Una és el poder judicial i l'altra les forces públiques, les forces repressives, no militars, les forces policials. Això no es va tocar. Això va quedar absolutament intacte, amb algunes excepcions, les més vistoses. Això s'ha estudiat molt. No dic res de nou. En tot cas parlo perquè ho he viscut. Aleshores puc confirmar-ho. L'estructura judicial va quedar absolutament intacta. El pas del Tribunal d'Ordre Públic a l'Audiència Nacional ha estat també molt comentat. Hi ha una continuïtat, no en els continguts repressius, però sí en l'estructura i el personal. I la policia i la Guàrdia Civil no se les va tocar per res. ¿Això què ha significat? Doncs que són uns cossos molt endogàmics que es reproduïxen dins el mateix ambient social, moltes vegades familiar. Hi ha un món judicial que és completament endogàmic, extraordinàriament endogàmic. Es podria fer un estudi dels cognoms, de com les famílies es reproduïxen, tornen a repetir-se. El poder judicial es va

adaptar a la nova situació, però no va canviar de mentalitat. Té una mentalitat autoritària: el que té autoritat mana i la resta de la humanitat obeeix. Aquest és el principi autoritari, que és també el concepte militar. La diferència és que el poder judicial ha conservat a les seves mans tot el poder. I és enorme el poder que té l'estructura judicial. Té un poder "tremendo". Moltes vegades no es nota, no es valora, s'oblida i es pensa només en els polítics o en els poders econòmics, que són més vistosos, però el poder judicial a tot arreu té una gran importància. Per tant, l'estructura és manté, la mentalitat es manté i hi ha una transmissió dins d'aquesta endogàmia que fa que avui dia ens trobem en una situació que es podria comparar amb el moment final del franquisme: ¿quants jutges catalans, d'origen català, hi havia treballant a Catalunya al final del franquisme? Els podem comptar, i m'agradaria comptar els que hi ha ara, i la proporció deu ser la mateixa. ¿Per què? Perquè aquesta transmissió i aquesta estructura coopta constantment. L'autoritat, qui mana sobre els jutges, és el Consell General del Poder Judicial. I aleshores funciona per cooptació. Constantment, els que estan a dins fan venir els substituïts i hi ha una roda constant que fa que sempre siguin els mateixos, i els elements exòtics o discrepans sempre són una minoria. Sempre a tot arreu hi ha alguna excepció, al Tribunal Constitucional hi ha un magistrat que no tal, al Tribunal Suprem coneixem en Martín Pallín i coneixem a no sé qui, al Consell General del Poder Judicial sempre hi ha alguna persona... Però sempre és una minoria. Hi ha un control que fa que les majories sempre siguin les mateixes. Després hi ha l'altre element, que és el funcionariat civil de l'Estat, els cossos de l'administració de l'Estat, que d'una manera no tan notòria com és en el poder judicial també tenen, però, un nivell d'endogàmia i de persistència. Surten dels mateixos llocs, de les mateixes províncies... Tot està lligat: una persona de classe mitjana, amb estudis més o menys brillants de batxillerat, que vol anar a la Universitat, que va a la Facultat de Dret a Sòria o Segòvia, una vegada surt amb un títol de llicenciat en Dret no té més remei que entrar a l'administració de l'Estat, no té més

remei! Perquè si obre un despatx d'advocats al seu poble, doncs es morirà de gana. L'ambient social condiciona i el resultat és que tinguem un funcionariat que té una mentalitat autoritària i absolutament conservadora, i que més o menys s'adapta als canvis polítics, com s'hi va adaptant, però sempre esperant el moment de dir: "Hasta aquí hemos llegado".

Ignasi Bernat Molina (I): Ha quedat clar aquesta continuïtat de l'aparell policial, judicial i del funcionariat, amb el règim franquista i la seva endogàmia. Però en relació al paper de l'Església i de l'exèrcit és cert que han perdut el rol central que jugaven en la vida política de l'antic règim, però potser no es degui tant a una democratització d'aquestes estructures...

A: Han perdut el seu paper, han perdut el poder. El poder que tenia l'exèrcit durant el franquisme era que manava directament. El president de la SEAT era un militar i l'autoritat màxima de l'aeroport de Barcelona era un militar almirall. I en totes les empreses públiques hi havia un militar, i les casernes estaven plenes de gent a qui els militars feien passar per la disciplina i feien adquirir els hàbits de l'obediència a l'autoritat. I realment han perdut aquest paper! I no parlem del paper de l'Església com a control social i com a control econòmic. Perquè, és clar, el canvi polític era incompatible amb el manteniment d'un poder eclesial i d'un poder militar en la forma antiga. En canvi, el poder judicial i el poder econòmic i el funcionariat passaven més desapercebuts. És a dir, la seva funció seguia sent necessària en els mateixos límits i, per tant, el poder que tenien el van conservar aparentment. És clar que es podria matisar molt: és evident que hi ha un primer moment, si ens centrem en el poder judicial, en què hi ha un cert esforç en el moment que es crea el Tribunal Constitucional. És clar que els primers anys, els primers tribunals constitucionals, com que era un tribunal nou que no tenia precedents i que, per tant, s'escapava d'aquesta màquina que es reproduïx a si mateixa, doncs es va nodrir de juristes bastant progressistes. Els primers anys del Tribunal Constitucional sí que van fer una feina notable, per

exemple, els canvis d'interpretació legal entre d'altres. Això va provocar el gran conflicte amb el Tribunal Suprem. Durant els primers anys de la democràcia, hi ha constantment una fricció entre el Tribunal Suprem –producte de la reacció i del conservadorisme més ranci– i el tribunal Constitucional. Hi ha una quantitat de friccions tremendes. I constantment el Tribunal Constitucional ha de corregir decisions del Tribunal Suprem, fins que va arribar un moment que el Tribunal Constitucional passa paulatinament a ser controlat per jutges afins al Partit Popular. I ara ja diem que el Tribunal Suprem gairebé és més progressista que el Constitucional.

I: Els militars, que ha explicat que havien tingut un paper clau en el món empresarial, què van fer? Van tornar a la vida militar? O van renunciar a la vida militar per poder mantenir aquests llocs de poder en l'àmbit econòmic i empresarial?

A: Lentament hi va haver un desplaçament, sí! Aquell poder anava lligat amb una situació que sorgia de l'autarquia econòmica dels primers anys del franquisme, cosa que es verificava al cent per cent en les empreses públiques. Era un règim d'autarquia, sense inversió exterior i absolutament dirigista des del poder. El poder polític i el poder militar eren el mateix. El cap de l'Estat era un militar i el seu braç executor, que es deia Carrero Blanco, era un almirall de l'Armada. Hi havia una confusió total entre el poder polític i el poder militar. En règim d'autarquia, la vida econòmica estava absolutament governada per aquest poder politicomilitar. Això feia que els militars te'ls trobessis en tot assumpte. Quan es trenca el règim autàrquic a través de les grans reformes de finals dels anys cinquanta, això comença a canviar, perquè hi comença a haver capital estranger. La SEAT, que era una empresa absolutament estatal, de capital públic, ara és una empresa de capital d'alemanys, italians i molta altra gent. Ha sigut el mateix canvi de la transformació econòmica que ha anat desplaçant el paper dels militars. Però alguns van subsistir bastant temps.

C: La idea de la continuïtat de les estructures del règim i la democràcia és molt interessant.

A: Sí que hi ha continuïtat. Sobretot, la idea que per mi ha de quedar clara és que la continuïtat es verifica en el sistema judicial, en el funcionariat i en els cossos repressius. Els torturadors del franquisme encara continuen condecorats i cobrant pensions exorbitants. Això no es pot ocultar.

C: Quins són els elements que posen més en evidència aquesta continuïtat en relació amb l'1 d'Octubre i tota la repressió que hi ha hagut posteriorment?

A: El fet més destacat és precisament el paper dels tribunals, jutges i fiscals, en la repressió. És per mi el més vistós. L'element on hi ha més continuïtat amb el franquisme és en el paper dels fiscals en el judici del procés. Els fiscals, tal com actuaven allà -i en la part fonamental acceptada pels tribunals, les sentències- estaven dient clarament que hi ha coses que estan per damunt de la legalitat democràtica, dels drets fonamentals. I aquestes coses són el principi d'autoritat i la unitat de la pàtria. Això va quedar claríssim. No et neguen que hi hagi dret a manifestació o dret a la participació política, però això té un límit, i aquest límit és el principi d'autoritat, per una banda, i el principi de la "indestructible unidad de la nación española". Això representa un límit obstatiu. Tot el que posi en risc aquestes dues coses és un problema. El que mana ha de ser obeït. Aquest és el problema de la famosa desobediència. En definitiva, el punt fonamental que justifica que se'ls condemni és que van desobeir una ordre judicial. Aquest és el fet fonamental que és la raó de ser, la base fàctica, el fet. ¿Quin fet? ¿Per què a aquestes persones que tenien càrrecs, a aquests consellers de la Generalitat, se'ls condemna a deu, dotze, i tretze algun, anys de presó? Perquè van desobeir una ordre del Tribunal Constitucional, bàsicament és això. El que van fer va ser desobeir. Els van dir: aquest referèndum no es pot fer. I resulta que, malament o bé, el van fer. Uns hi van contribuir més, altres menys, però

el fet bàsic pel qual han sigut condemnats és perquè hi havia una ordre de l'autoritat..., de l'autoritat suprema. És a dir, l'autoritat política es va desentendre del tema, no va fer res, va desaparèixer. El poder polític en l'1 d'Octubre va desaparèixer i l'únic poder efectiu era el poder judicial i el poder repressiu de les forces d'ordre públic. És l'únic que va actuar, perquè el poder polític va desaparèixer. Aleshores hi ha un Tribunal Constitucional que diu “este referéndum es ilegal” i hi ha uns fiscals que li demanen al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que digui que el prohibeixi. I surt la jutgessa, l'Armas, que dicta la famosa interlocutòria dient que s'han de tancar els col·legis, que s'han de recuperar les urnes... O sigui, són ordres judicials que es van incomplir, es va desobeir l'autoritat judicial, és a dir, es va desobeir l'autoritat. Una vegada aquesta gent, el poder judicial, es troba que li han donat carta blanca, “el problema és vostre, l'heu de resoldre vosaltres”, aleshores actuen sota aquest concepte ideològic i de l'altre lligat al mateix, que és el principi de la defensa de la unitat d'Espanya. “Ens toca a nosaltres -jutges, fiscals i tota aquesta tropa-, som els que hem preservar, per damunt de tot, la unitat de la pàtria i evitar aquesta impertinència d'aquests desgraciats que se'n volen anar”. Van actuar sota aquests dos principis ideològics, i cap altre argument basat en l'exercici de drets fonamentals i la mateixa legalitat eren vàlids. Hi havia una legalitat: la convocatòria, realització o promoció d'un referéndum no era delictes, legalment no era delictes, i el dret de manifestació no estava suspès ni ningú l'havia prohibit, perquè no estava declarat l'estat d'excepció ni d'alarma ni de setge ni aquestes coses, que això depenia del poder polític. Si el Rajoy hagués decretat l'estat d'excepció estariem parlant d'un altre tema. Però el poder polític no va prendre cap decisió fins després, quan va aplicar el 155. Però el poder polític, en aquell moment, no fa absolutament res més que fer recursos al Constitucional, deixant que el Tribunal Constitucional dictés resolucions que es convertien en executives per gràcia de... Li van donar una força executiva que evidentment no tenia! Ni té cap Tribunal Constitucional del món! No té cap capacitat

executiva, cap, cap, perquè no és la seva funció. El Tribunal Constitucional simplement comprova, una vegada s'ha produït un acte legislatiu o un acte de transcendència jurídica, si s'adequa o no a la Constitució. Però actua *a posteriori*, posa un termòmetre quan ja s'ha produït el fet. No actua mai per pròpia iniciativa amb caràcter executiu. Però se li va donar aquesta facultat... Aleshores paren el referèndum amb ordres judicials que s'han de complir. Però és que l'incompliment d'un ordre judicial no és un acte de sedició, és una desobediència al poder judicial, que comporta unes inhabilitacions, res més. Però a ells mateixos qui els para? Al Tribunal Suprem, quan sap que el Tribunal Constitucional el té completament al seu favor, qui el pot parar? No els para ningú, perquè els jutges són independents en el moment que prenen les seves resolucions, és absolutament veritat. La independència del poder judicial és una realitat: en el moment en què un jutge pren una decisió, la fa ell i només ell, i n'és el responsable. El que passa és que les conseqüències de les seves decisions són enormes. El mateix jutge sap perfectament el que es juga cada vegada que actua, sabent que el de dalt (i sempre hi ha un de dalt) el corregirà o bé per via de recurs o, simplement, aquest jutge, com li va passar al pobre Santi Vidal o a altres jutges, desapareix de la carrera judicial ràpidament. Si no desapareixen, no passaran de jutges de primera instància d'instrucció, se'ls ha acabat el seu *cursus honorum*.

C: Aquest principi d'autoritat i d'unitat d'Espanya es posa molt en evidència amb el judici?

A: Es posa molt en evidència... Per altra banda, també es posa en evidència amb la continuïtat dels criteris repressius, que vénen a resoldre els problemes per la violència per part de les forces de l'ordre, que també és una vella història que arrenca del franquisme i més enllà. El franquisme és una forma exacerbada de la història d'Espanya. El franquisme no va inventar la tortura, ni la repressió, ni la pena de mort. El que passa és que ho va portar a un grau màxim dintre del segle XX.

C: I en altres judicis importants, per exemple, en el si de l'Audiència Nacional, l'evidència del passat franquista, per part dels estaments judicials, també és tan evident? O és en aquest judici de l'1 d'Octubre que surt a la llum?

A: El lligam ha estat sempre evident. Jo podria parlar, per exemple, ja que parlem d'experiència pròpia, de quan en vaig defensar uns a qui s'acusava d'assassinat del senyor Bultó. El president del tribunal, el president de la sala, que era una sala de cinc magistrats, es va presentar amb una representant al judici amb un braçalet amb la bandera espanyola. Els acusats, naturalment, eren acusats de terroristes independentistes. Sempre aquesta continuïtat s'ha manifestat, i tota la història de la repressió al País Basc també ve marcada per aquests principis. També tota la legislació antiterrorista sempre es justifica a través del tema de la defensa de la unitat. De tota manera, la història catalana és més transparent, més clarificadora, perquè no hi ha la justificació de la violència terrorista, que en el tema basc ho contaminava tot. Però en el fons és el mateix; als judicis que s'han vist a l'Audiència Nacional (que jo n'he vist molts i he participat en alguns quan exercia) contra acusats de pertànyer a ETA o col·laboradors d'ETA era evident que el problema que allí es debatia no era si aquella persona havia posat un "petardo" o havia matat algú. No, no! El problema era que aquella gent eren independentistes bascos. Per col·laboració amb ETA s'ha condemnat gent simplement per activitats estrictament culturals de defensa de la llengua basca. Això és claríssim. El tema sempre ha estat aquest, bàsicament. Això és un principi estructural de l'Estat espanyol, que està basat en el fet que hi ha un Estat que ha de mantenir el seu perímetre intacte, perquè hi ha gent dintre d'aquest perímetre que se'n vol anar, històricament. És una cosa tan senzilla com això. No passa a altres països, no passa a països on són tots suecs. "La unidad de la patria sueca" és un concepte que no l'entenen, "què vol dir vostè?". L'Estat suec no té aquest problema, i molts altres tampoc. Gran Bretanya té els seus escocesos i els seus etcètera, però el que és Anglaterra no el té.

I: Per tant, hi ha un substrat de dret polític, és a dir, gran part del dret penal s'hauria de llegir com un dret polític?

A: Clar, és una forma de no voler resoldre els problemes polítics i, quan no hi ha una possibilitat de resoldre per una via democràtica i consensuada un problema polític, s'aplica la repressió. Al moment que s'aplica la repressió, hi intervé la Justícia. És el que justifica la repressió, el que legitima la repressió, és un dret penal polític.

C: Enfront del conflicte i les demandes de Catalunya, la paraula clau que el poder polític i el judicial han posat sobre la taula és la defensa de la democràcia i la defensa de la Constitució. I, de fet, a Catalunya, el moviment que ha reclamat el dret a l'autodeterminació, ha plantejat una altra idea de democràcia. Quina creu que és la idea de democràcia que defensa l'Estat? Quina és la idea de fons? I com ha entrat en conflicte amb la idea de democràcia que implica el dret a l'autodeterminació?

A: La democràcia són les coses tal com estan i no es poden canviar. És impossible canviar la Constitució, la monarquia és intocable i "todo dentro de la ley". Només es pot parlar dintre de la llei. Per tant, la llei, vull dir la llei actual, la llei vigent, l'*status quo*, s'ha de parlar dintre d'aquest marc. Vol dir que la llei no es pot tocar. ¿Aleshores la llei què és? ¿Una cosa que s'imposa? ¿Que està per damunt? ¿És el resultat de la voluntat democràtica del poble la que crea la llei o és la llei la que és un constituent previ? Primer hi ha la llei i després, dintre de la llei, pots fer el que vulguis, pots ser demòcrata, pots defensar la democràcia, pots defensar el que vulguis, dintre de la llei. ¿Però què vol dir estar fora de la llei? Si el marc legal és que la democràcia és igual a legalitat, què vol dir això? Aleshores et diuen: "Has de canviar la llei a través dels procediments que la mateixa llei preveu". Però si la mateixa llei et diu que això és intocable... Bé, la llei no ho diu mai, però els tribunals sí que ho estan dient, et diuen que això és intocable. Aleshores la llei

es converteix en una gàbia, una gàbia, una gàbia... De fet, de lleis sempre n'hi hagut. Si anaves al Tribunal d'Ordre Públic, et castigaven i t'enviaven a la presó perquè havies infringit la llei. I es tractava de l'aplicació d'una llei tan legal com les que tenim ara. L'havien aprovat unes Cortes! El franquisme era la situació més legal del món, hi havia més lleis que mai hi ha hagut i hi haurà a la història. El Butlletí Oficial de l'Estat sortia cada dia i cada dia s'aprovava algun decret, alguna llei o alguna llei orgànica. L'Aranzadi del franquisme comporta que cada any sortia un "tomo" així de gruixut, que jo col·leccionava. Te l'enviaven per fascicles, anava sortint per fascicles. Però arribava el fascicle i al final de l'any t'enviaven unes tapes de pergamí molt vistoses i ho enquadernaves. Hi havia anys que amb un "tomo" així no hi cabien, i aleshores havies de fer dos "tomos". Legal, el franquisme? Més legalitat que al franquisme no t'ho pots imaginar! A més, era una legalitat que passava per tots els tràmits, perquè hi havia unes Cortes, hi havia ponències, hi havia comissions legislatives, es presentaven proposicions de llei, es debatien a les Cortes, s'aprovaven, passaven al "jefe del estado", sortien publicades... Què més vols? Què més volem? L'Alemanya nazi estava plena de lleis, de tribunals i de jutges que aplicaven la llei. Què vol dir la llei? La legalitat? D'on surt aquesta llei? Què representa aquesta llei? Com va néixer aquesta llei? Com es va aprovar? Com s'interpreta? Com se li dona la volta? Ja n'estem tips d'això. Parlar de que la submissió a la legalitat és la mesura de la democràcia és un absurd. La llei és el resultat de la voluntat popular i, naturalment, aquesta voluntat és canviant. I aquesta voluntat canvia, canvia, i la llei hi ha d'anar sempre al darrere. Sempre va al darrere, però com a mínim marxa al darrere de la voluntat, i això és la democràcia.

C: Hi ha com un substrat cultural profund a l'Estat Espanyol d'aquesta idea d'ordre i d'autoritat...

A: És un país que ha viscut l'autoritat. Només comparable amb els antics romans. És el concepte de l'autoritat: el que mana té raó, i ja saps que, si fas el que no vol l'autoritat, rebràs. Això està

incorporat a la mentalitat social de la major part d'Espanya. Hi ha les minories discrepans i gent maquíssima a tot arreu, però la gran majoria de la població espanyola està conformada pel concepte d'autoritat i pel concepte de la submissió al capellà, a l'autoritat civil i a l'autoritat militar, i al jutge. I tot això continua funcionant. Per tant, la idea que infringir la llei és impossible, doncs, està molt arrelada. En canvi, el concepte democràtic que defensem alguns és que la voluntat popular s'expressa a vegades infringint la llei, trencant la llei, desobeint la llei... Perquè és aquest decalatge que hi ha entre el procés del progrés humà i les estructures jurídiques, que, com que en són conseqüència, van més endarrerides. Algunes vegades es crea una distància tan gran que la consciència popular de determinats sectors de la població considera que aquella llei no és legítima, perquè no respon ja ni a les necessitats ni a la voluntat social; per tant, aleshores s'infringeix la llei. S'infringeix la llei constantment, i és la manera com normalment s'han canviat determinades estructures, i és trist que sigui així. Probablement el que seria maco és que el procés democràtic pogués incidir a través del Parlament i el procés legislatiu, que hi hagués una relació tan directa i tan maca...

I: Quan es referia a això de constituent previ, era una imatge molt maca per parlar del sobirà o del poder constituït, i em preguntava quin seria per vostè aquest sobirà o constituent previ a l'Estat espanyol?

A: Són aquestes estructures que estan fora. És la debilitat de la capacitat de control democràtic que tenen els països que han viscut, històricament, molt breus períodes veritablement democràtics. I això fa que les estructures preexistents a la democràcia -per exemple, la monarquia i les estructures de poder social, religiós, militar, judicial, econòmic- es facin presents. Les revolucions democràtiques han estat sempre a Espanya precàries, molt breus i altres vegades intercalades amb períodes dictatorials, molt repressius... A Espanya són molt breus aquests períodes democràtics. Aquells períodes repressius són la reacció, a

vegades, a aquests petits períodes, com el trienni liberal en temps de Fernando VII. Després del trienni liberal, va venir una reacció que va durar vint o vint-i-cinc anys. Un altre exemple n'és la Segona República i el que va venir després. Al ser tan feble l'assimilació per part de la societat espanyola en general de la idea que l'activitat del poble és la creadora de les institucions i que legitima la legislació, això fa que aquestes estructures pre-existents, que són externes i evidentment preconstituents del sistema democràtic, conservin el seu paper dominant. Si no, ja m'explicaràs per què vota la gent Vox. ¿Per què la vota? Perquè hi ha molta gent a qui agrada veure un "tio" que diu: "Por mis 'cojones', jo posaré ordre aquí". És l'autoritat, el *macho*... A més, amb la forma espanyola. El feixisme té molts aspectes, però hi ha un feixisme espanyol que és una variant molt específica. Evidentment que Catalunya té una altra història, agradi o no agradi; resulta que la història de Catalunya és diferent, és diferenciada, per això és una nació. No és solament la llengua o que aquí es balla d'una manera diferent popularment o que la botifarra és diferent de la "morcilla"; és una història diferent i que ve de molt lluny. Això la meua enyorada amiga Eva Serra ho va explicar molt bé en alguns dels seus llibres. Hi ha una estructura social, una estructura econòmica, una evolució històrica que han fet que conceptes com aquest de la capacitat de decidir de la gent, és a dir, conceptes bàsics de democràcia, siguin més extensos. No vol dir que arribin a tothom, però jo crec que hi ha una difusió molt més gran d'aquesta concepció que la voluntat popular és la creadora de les institucions i que és la font de poder. Això hi ha molta gent que ho ha mamat. Crec que durant aquests últims anys, més o menys democràtics, almenys a Catalunya, s'ha fet una certa pedagogia en aquest sentit. Insuficient, probablement, però s'ha fet una pedagogia. Les escoles han funcionat. Els meus fills han anat a escoles molt diferents de les meves. A més, hi ha un consens democràtic de base. Per tant, aquest concepte que es pot desobeir l'autoritat quan aquesta autoritat ha perdut legitimitat, això està més integrat. Tota la història llibertària que té aquest país hi ha influït, i això no

és una ficció, això s'ha viscut. Això ha passat, s'ha transmès i ha deixat empremta. Encara que hi ha determinades coses que semblen anacròniques, però la tradició llibertària que hi hagut a Catalunya, la retrobem moltes vegades, rasant poc o molt.

I: Això que comenta em fa pensar amb el que expliquen alguns historiadors andalusos. Alguns d'ells expliquen molt bé que el problema no va ser l'arabització o la conquesta, sinó la reconquesta de Castella envers Andalusia. Com els nobles van conquerir la terra dóna lloc a un model d'inici de l'acumulació originària (i per tant, d'inici del capitalisme) a la meitat sud de la Península que explica una estructura social i econòmica totalment diferent a la catalana...

A: I, a més, el manteniment d'Andalusia com un país estrictament agrícola és un efecte d'aquesta situació política. D'una propietat de gent que viu opulentament de les rendes de la terra i, per tant, ¿per què s'ha de preocupar de buscar-se la vida muntant negocis o indústries, si ja els hi vénen els ingressos de la terra? A Catalunya la gent ha hagut d'espavilar-se, perquè la terra no ha garantit que hi hagués una classe social ociosa que pogués viure de les rendes, perquè la terra no ha donat per a això. Aleshores és una història diferent que ha creat una estructura social diferent. Això, en aquest sentit, ens fa diferents i ens fa més acostats a situacions d'altres països europeus que han viscut aquesta experiència.

C: Tornant a la qüestió del judici de l'1 d'Octubre i dels fets del 20 de setembre, com és possible la construcció de la presumpta existència dels delictes de rebel·lió i sedició?

A: És molt fàcil: era absolutament imprescindible, si es volia ficar a la presó la direcció política del independentisme. Era necessari, perquè d'una altra manera era impossible justificar la presó preventiva, per exemple. Per agafar tot un govern i ficar-lo a la presó, has de justificar-ho d'alguna manera i, per tant, has de trobar un delicte que per la seva gravetat justifiqui tenir

la gent a la presó. Aquesta és l'explicació simplíssima, perquè justificaven no només la presó preventiva, sinó la inhabilitació per a l'exercici dels càrrecs públics. És a dir, l'article 155 significa la dissolució del govern i es convoquen eleccions. Això no va poder impedir que es tornessin a presentar els mateixos. El Puigdemont, el Junqueras i tots els altres anaven de caps de llista i van tornar a ser elegits. Això era el que no podia ser, partint del concepte d'acabar amb el procés de separació de Catalunya. Una manera d'acabar-ho: se'ls havia d'acusar a base d'inventar-se un relat. Bé, ni tan sols no se'l van inventar, però és que ni es van molestar. El relat dels fets segons la fiscalia, que és el que ha sortit en els fets de la sentència, no és cap cosa exagerada. No és que s'hagin inventat gran cosa, s'ajusta bastant a la realitat, però els hi és absolutament igual. Perquè, quan tu tens el poder impune, saps que ningú et portarà la contrària i que, en tot cas, et portarà la contrària un tribunal europeu dels drets humans d'aquí deu anys. Aleshores fas el que et dóna la gana. I els jutges van fer absolutament el que els va donar la gana, tenien carta blanca i van fer el que van voler, fiscals i jutges. Aleshores es tractava de liquidar el govern i els líders del independentisme perquè pensaven que la gent havia fet les coses perquè hi havia algú que els hi manava. ¿Per què la gent sortia a les manifestacions, reclamava, protestava i va anar votar? Perquè hi havia uns líders, unes persones amb autoritat. Ells ho veuen sempre des de la seva mentalitat. Aquestes persones s'havien de liquidar i amb això s'acabava el problema; així és com ho veien ells. Per tant, la manera d'acabar amb el problema és fotre'ls a la presó, és la gran solució. La solució clàssica i definitiva. I la manera de poder tenir-los a la presó és amb una acusació de rebel·lió. El delictes de sedició apareix molt més tard, apareix quan l'advocacia de l'Estat canvia rebel·lió per sedició, perquè la fiscalia no ha canviat mai el seu relat. L'acusació de sedició apareix per primera vegada quan l'advocacia de l'Estat qualifica els fets en la fase de judici oral. Això passa quan hi ha el Pedro Sánchez en el govern. Aleshores, l'acusació de rebel·lió, que comporta penes de fins a 25 anys, era la que

justificava la presó preventiva i la inhabilitació per exercir càrrec públic. Quan surten elegits com a diputats han de renunciar-hi, perquè, com que estan a la presó, no poden exercir la seva funció política. Quan intenten que es presenti el Puigdemont com a candidat a la presidència, no el deixen, perquè resulta que està en rebel·lia per rebel·lió. Aquesta és la justificació. Jo crec que des del primer moment, tan el jutge Llarena com el del Tribunal Suprem, eren perfectament conscients que el delicte de rebel·lió era indefensable, que no el podien sostenir, perquè hi ha un component de violència molt integrat en el concepte de rebel·lió. Aquest concepte no solament apareix a l'article que diu "rebel·lió és això, això, això..., *alzamiento violento*", sinó que, en els articles que vénen després es parla constantment de les armes, de si s'entreguen les armes... Està tot tan pensat en relació amb el "tejerazo" que era impossible aplicar-lo a aquesta situació. El que passa és que si haguessin acusat d'entrada, en comptes de rebel·lió, de sedició, la sedició hagués fet més discutible si la competència podia ser del Tribunal Suprem i de l'Audiència Nacional. A més a més, la sedició no comportava inhabilitació i la rebel·lió sí. Perquè la inhabilitació per càrrec públic previ a la sentència només la preveu la legislació anti-terrorista pels delictes de terrorisme i de rebel·lió. I per tant, es podrien trobar en el cas que, si tornaven a sortir elegits el Puigdemont, el Junqueras, etcètera, que se'ls tenien d'empassar com a govern de la Generalitat. No és un problema ideològic, és un problema pràctic, polític. És un problema de tàctica política, i demostra que, en un moment donat, la Justícia, els jutges es converteixen en el poder polític. Hi ha un poder polític paral·lel al govern del Rajoy que és del poder judicial, que aleshores pren decisions polítiques.

C: En relació amb el delicte de sedició, com es justifica que hi ha hagut violència tumultuària?

A: El problema és la forma com està redactat el tipus delictiu; és d'una falta de definició que no se sap ben bé que és el que hi entra i què és el que no hi entra. És un problema de definició.

En els tipus delictius has de saber exactament que és allò que és delictu, quins fets entren dins el tipus de delictu. La sedició és una sèrie d'activitats, perquè pot ser per moltes motivacions, en què hi ha l'element tumultuari. És clar, ¿com es mesura què és un tumult? Pot ser qualsevol cosa. La sedició aleshores és qualsevol cosa. El gran perill és que la interpretació que s'ha donat de la sedició és aplicable als taxistes que col·lapsen la Gran Via durant no sé quants dies, als piquets de vaga..., perquè la sedició fa referència a impedir l'exercici de l'autoritat. Aquí torna a jugar el concepte d'autoritat. És a dir, impedir que es compleixin les ordres judicials, aquest és un element de la sedició; en aquest cas, el que s'aplica. Aquí se'ls condemna perquè el 20 de setembre va haver-hi una situació a la Conselleria d'Economia on es va dificultar el compliment d'una ordre judicial. Sempre l'ordre judicial és l'element clau que ho lliga tot. Sempre hi ha una ordre judicial i un incompliment, és a dir, un rebuig d'acceptar l'autoritat. Aleshores hi ha una manifestació enorme allà, no sé si són quaranta mil persones, que obstaculitzen que es compleixi una ordre judicial que diu que s'ha de fer un registre allà. I amb això ja tens l'element de fet del tumult, que és la intenció d'impedir el compliment de l'ordre judicial. Però la gent estava allà perquè estava protestant! No estava impeding res, simplement expressava una protesta contra allò que s'estava fent. No s'estava impeding, perquè si s'hagués volgut impedir l'ordre, les quaranta mil persones haguessin entrat a dins la Conselleria d'Economia i a "patades" haguessin fet fora la secretària judicial i la mitja dotzena de guàrdia civils que hi havia allí. Parlem clar, què vol dir impedir? Aquella gent estava allí protestant, no impedia res. El fet és que es va fer el registre, amb més o menys dificultats es va fer el registre, no es va impedir. Últimament estem veient casos en què la base humana, desbordada, impedeix, sigui a Hong Kong o Santiago de Xile. En aquests casos sí que hi ha impediment real, per vies de fet s'impedeix; per exemple, una sessió parlamentària i es fa fora la gent del Parlament, o s'ocupa una comissaria de policia, o s'obren les portes d'una presó... Però la gent estava protestant, és a dir,

estava exercint un dret fonamental, que és el dret de manifestació i de protesta. ¿Això és el *tumulto* que justifica la sedició? No s'aguanta. La prova n'és que els està costant aconseguir les extradicions dels de fora. I el fet que hi hagi en Jordi Sánchez i en Jordi Cuixart condemnats no té justificació de cap classe.

C: Quin és el missatge social que creu que vol donar el poder Judicial amb aquesta sentència?

A: Disciplinar la societat catalana. Fer-li entendre, a la societat catalana, que ha d'obeir. Que hi ha unes lleis, que són les que ells donen, que hi ha un poder polític i un poder judicial que són ells, i que quan diuen una cosa s'ha de complir. És el concepte de disciplinar la societat, fer-li entendre que l'autoritat és l'autoritat i que la llei s'aplica, t'agradi o no t'agradi, i s'ha de complir. Després protesta, sempre que la protesta no molesti massa.

C: El moviment per l'autodeterminació, amb els seus límits, ha demostrat que, en part, l'Estat està debilitat en algun aspecte?

A: En molts aspectes, l'Estat pot estar debilitat, però no en l'exercici de la força violenta. Jo no el veig debilitat. Jo dubto molt que, dintre de les forces repressives, hi hagi algun sector que ho vegi malament. Estan cohesionades. Només cal veure els Mossos d'Esquadra com els tenim. Hi ha una divisió claríssima dins dels Mossos: hi ha un sector que està per una certa connivència amb l'independentisme, però hi ha un sector, que probablement és majoritari, que veu que ha d'actuar com actua. Si això és dins els cossos dels Mossos d'Esquadra, dintre dels cossos de la Guàrdia Civil i la Policia Nacional no hi ha fissures. Dintre del cos judicial, sí que hi ha alguna fissura. Hi ha sectors que es desmarquen, però són individuals o molt aïllats. A Catalunya tenim alguna associació de jutges que està clarament en connivència amb el procés, però és molt minoritària. I fora de Catalunya, als aparells d'Estat, en la seva capacitat repressiva, tant policial com judicial, no hi ha fissures. I, no havent-hi això, queda intacte el poder. Ara, que el poder polític està en una situació caòtica és evident. La

situació política és un caos, però precisament perquè aquells elements, que són els dolents, estan intactes, quan el poder polític està en una situació de caos, hi ha el perill que surti algú i digui: “Doncs ara poso ordre, perquè tinc els elements d’ordre intactes a la meva disposició”. Aquí, evidentment, el paper de la Unió Europea i la situació internacional, també hi juga molt.

I: Quins haurien de ser els elements fonamentals perquè es doni una ruptura democràtica amb l’Estat espanyol per part de l’independentisme?

A: Prefereixo no opinar, perquè no voldria jutjar la situació actual. A més, procedeix d’una altra cultura. Entenc perfectament la formulació de la desobediència, inclús diria que arribo entendre, de vegades, el concepte de pacifisme. Però reconec que vinc d’una altra època, d’un altre món, d’una altra cultura i, per tant, prefereixo no manifestar-me massa. Crec que estic absolutament fora d’aquest època i quan ja te n’adones que has perdut, que ets un anacronisme, doncs guardes... Parlar del passat sí que m’és còmode. Puc haver-lo viscut, analitzat, interpreto la situació fins ara, i dels aspectes jurídics i de dret encara en conservo algun un concepte. Però, què s’hauria de fer? Quina direcció hauria de prendre el procés independentista? Aquí no hi arribo. Prefereixo que no m’ho preguntin i així no ho he de contestar.

C: Hi ha una connexió entre un poder judicial que ha actuat de forma molt severa i una extrema dreta en auge, que reafirma els valors d’ordre, autoritat, disciplina, etc., que ha propulsat aquest poder judicial?

A: Aquí s’ha viscut, durant molts anys, amb la idea que el feixisme era una cosa residual, perquè efectivament hi havia uns grups, “falanges” i coses rares, tan minoritaris i hereus del franquisme més radical... Semblava que el Partit Popular havia aconseguit agrupar tota la dreta: conservadorisme, reaccionarisme... Tot això que sabíem que existia, que existeix, però que pensàvem que se li havia donat una expressió política que ja prescindia

de l'extrema dreta. Ens ho havíem cregut bastant que l'extrema dreta no eren més que residus de nostàlgics del franquisme. Això s'ha demostrat que és una equivocació important, que hi havia una possibilitat de reaparició de tot allò, en una nova forma, però que és la mateixa de sempre a partir d'una crisi social important. Precisament de la debilitat de la democràcia real que hem viscut: la corrupció dels partits polítics, tan generalitzada, que afecta pràcticament a tots els partits. La corrupció, com a fet desmobilitzador i antidemocràtic per excel·lència, ha tacat totes les parts: dreta, centre i esquerra. La crisi econòmica i la precarització han permès l'absurd que sectors de les classes populars, i de la classe obrera, s'apunten a posicions d'extrema dreta. Ha estat una falta de visió no preveure que aquesta base social possible i potencial acabés possibilitant l'auge de l'extrema dreta aprofitant que el Partit Popular cau tremendament per la corrupció. És un perill evident que l'extrema dreta tingui una expressió política, aprofitant la crisi política i la subsistència d'aquests elements reaccionaris a les estructures d'Estat més perilloses.

C: Com s'explica que la repressió de l'Estat es manifesti més amb els conflictes nacionals que amb altres moviments socials? És així?

A: Efectivament, hi ha una diferència. Per què? Molt senzill: els moviments nacionalistes, basc i català, posen en qüestió l'Estat en si mateix, l'Estat en la seva estructura. Per tant, posen en qüestió la monarquia i la dominació de les elits, de les estructures d'Estat. En canvi, de problemes socials, n'hi ha hagut molts i molt violents, però sempre molt localitzats. Tampoc hi ha hagut una rebel·lió social global. Perquè, en definitiva, els que podrien haver portar aquesta rebel·lió havien de ser la classe obrera organitzada, però aquesta classe obrera ha estat controlada per dos grans monstres que es diuen UGT i CC.OO. Com que UGT i CC.OO. han passat a formar part del sistema, de l'estructura de l'Estat, la lluita social ha adquirit característiques fragmentades,

localitzades i desconnectades. Com quan s'han rebel·lat, per exemple, els miners d'Astúries, els miners de Puertollano no se n'han "enterat", perquè han estat sempre revoltes molt localitzades. Com que les grans estructures sindicals han controlat el tema, en general, i han servit per una banda de fre i després d'amortidor, aquests problemes han estat reprimits. No hi ha hagut un Maig del 68 a Espanya. Recordem com es reprimien les lluites obreres dels últims anys del franquisme i els primers anys de la transició. Als anys setanta, les lluites obreres, tant a Catalunya com a tot Espanya, realment eren lluites que s'enfrontaven directament amb l'Estat, posaven seriosament en qüestió la dominació. I la repressió era d'una violència extraordinària, a trets: la quantitat de morts que hi ha hagut, de gent a la presó, de gent torturada, de gent maltractada... En aquells anys, un problema social representava un veritable enfrontament amb l'Estat, el posava en perill. Era generalitzat i adquiria amplitud. La vaga de Roca Radiadores es converteix en una vaga general a tot el Baix Llobregat. Determinades vagues de la metal·lúrgia arrosseguen totes les empreses metal·lúrgiques del Vallès. En els últims anys, en canvi, ha estat molt diferent, alguns conflictes socials han estat molt violentes per part dels treballadors, però s'han pogut reprimir d'una manera que no comportés elements d'expansió del problema i els sindicats ho han anat apagant tot.

C: Per nosaltres ja estaríem, si vol afegir-hi res més...

A: No, moltes gràcies.

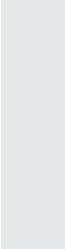
C: Moltes gràcies, a vostè.

I: Sí, moltes gràcies.



SECCIÓN ESPECIAL
APÉNDICE LITERARIO





Arte de la portada: Julieta Rockera

Título de la obra: *Quien crea que lo importante*

EL TUYO Momento 1

Yo: Yo a veces creo que estoy muerto, a veces deseo estar muerto. El paso del tiempo me dice todo y no lo escucho. Ayer empezó la primavera. Ayer me recibí de abogado. Ayer fui al parque. La primavera, como siempre, viene invasiva, bucólica, agresiva. Esa obligación a ver belleza, aunque todo duela, uno está obligado a detenerse y ver su belleza. Belleza obligada. A mí me da alergia. Ayer me recibí de abogado, ayer tiramos las cenizas de mi madre. Ayer. En mi vida nada es normal. ¿Vida? En las de ustedes por supuesto que todo es normal. Todos ustedes se recibieron de la profesión que aman. Ustedes se determinan. Ustedes fueron libres de elegir. Yo no. Yo sí asumo las cadenas, las condenas, los pedazos de piel que caen, tomando la forma del tiempo. Mucho dolor. El tiempo me encontró errando, haciendo arte ¡Arte! ¿Arte? Arte. Y, sí. Me di cuenta a tiempo de que el arte no lleva a ningún lado. No es un camino, es una condición. Al contrario, te llena de miedos. Pasados los 25 años sentado en esa clase. Derecho romano. ¡Sí! Era Derecho Romano. La profesora era gorda, rubia, muy maquillada, parecida a ese bufón, a esa paladina de la injusticia que seguramente vos admirás. Decía “Los ius ius preferendi, ius persecuendi, no tienen capacidad para los romanos, tienen imbecilias”. Sólo veía que movía su boca y salían palabras que no podía comprender, entender. Yo entendí en ese momento, en ese instante lo vi, que nada de todo eso era para mí. Igual seguí y seguí. ¡El derecho! Insistí en eso que no era para lo que nació. ¿Nacemos para algo? Deseo. ¿Deseo? ¡Deseo! ¿Qué es el deseo? El deseo es eso que tenés extremadamente escondido, vos me vas a negar que lo tenes, pero está, está muy adentro tuyo, protegido por mil vidrios blindados, paredes y disfraces. El deseo es eso que escondés. Desear y esconder son sinónimos, son significados recíprocos.. A veces creo que camino por una gran ciudad, enorme, llena de gente,

todos caminan como locos, rápido y otros caminan despacio, envueltos en una vieja frazada, con la cara sucia, los pies descalzos y miradas vacías de deseos. Donde ellos se tiran en la hierba y ni siquiera pueden llorar, no recuerdan cómo es llorar. . Mi madre murió cuando yo estaba cursando cuarto año de la maldita universidad. ¿Debo estar alegre porque yo pude estudiar gratis y en Chile no es gratis? No lo sé. Maldita universidad ¿Quién hace lo que quiere? ¿Quién? ¿Quién? Claro, ustedes, ustedes hacen lo que quieren. Mi madre tuvo una repentina enfermedad terminal. Digo repentina, porque murió en un mes, no dio tiempo a pensar, le dejó de funcionar el hígado. Dejó de soplar esa refrescante brisa. Ahí volvió. ¿Dónde estoy? Donde ustedes quieran que esté. Esto lo arman ustedes. Ustedes, como siempre mandan. Ustedes deciden el futuro, claro, si existiera. Era el último día de la semana, el de ir a pasear, comer en familia, religión, el que se elige para morir. ¿Se elige morir? No tengo dudas de que elegimos morir. Sosteniendo toda la mierda posible que nos da de comer. Elegimos morir todos los días. Cuando hacemos lo que debemos. Morimos, fetas de carne fétida se pudren en nuestras camas. Carne podrida queda atrapada en nuestras camas y día a día somos muerte. Cuando hacemos lo que debemos, cuando hacemos lo que el otro nos dice, morimos. Soy carne que se pudrió, ya me desintegré, los gusanos comieron esta carne, sólo porque luché por no ser como vos. La televisión de la habitación del sanatorio estaba prendida. Se escuchaba con claridad. Ella con sus grandes ojos azules y sus ganas de vivir, miraba ese programa. Yo diría, hermoso programa. Era un documental lindo, lleno de luz, la tele mostraba una plantación de kiwis, era todo imagen bella. Ella miraba la tele y me miraba, me miraba a mí. Me agarró de la mano y cerraba y entreabría los ojos. Vi su lucha por querer vivir. Me agarró la mano más fuerte. Cerró los ojos. Respiraba. Le empecé a describir las imágenes de la tele. Ya no lograba abrir los ojos. El campo era simplemente hermoso. Las hojas verdes el cielo azul. Todo se ve lindo.

Nunca imaginé lo bello que puede ser un campo plantado de kiwis. Estás ahí, le decía, imagínalo, imagíná ese cielo, azul, azul. Las cenizas las tiramos el día que me recibí. Ayer ¿Ayer? ¡Ayer! Todos nos pusimos de acuerdo de que era un momento indicado para darle final a sus cenizas. Mi hermana las guardó por más de un año. Era un signo que yo fuera abogado, era el sueño de ella, y ese día se lo regalé. Las tiramos en ese parque, frente al edificio donde tenía su departamento. Tiramos las cenizas, en la parte donde ella siempre iba y se sentaba por un rato. El cielo azul. La primavera bella. El verde, siempre verde. Esas eternas flores amarillas por las que, sólo para verlas, vale la pena vivir. Todos juntos, en familia. Arrojamus las cenizas al viento. Sus sueños al viento. Su sueño de que fuera abogado, también. Sus grandes ojos azules siempre me miran. Mis ojos no sé qué miran. Creo que soy un aguaviva, no soy animal, no soy vegetal. Aguaviva. El aguaviva no sufre, porque no tiene recuerdos. ¿Qué son los recuerdos? ¡Qué carajo importa qué son! Lo que sí importa es que solo están para hacer doler, por lo lindos que fueron, o por lo feos, pero están ahí, piedras en los zapatos, cosas intangibles. Mejor sigo con tu proyecto, tu vida, la vida siempre es un proyecto de otro. ¡Mierda, salvate, saltá, saltá, sálvate! Se prendió la luz que me corresponde. Ya es mi turno, mi ansiedad me obliga a venir hacia aquí, a averiguar los trámites para tener mi título de abogado, su sueño, el sueño. Se prendió la luz, es mi turno, está prendida la luz.

EL TUYO Momento 2

Tú: Tú eres feliz. Me preguntó o afirmó la profesora de técnica de la voz. Pues claro, le contesté. ¿Cómo no voy a estar contento? Si me recibí de actor. ¿Escucharon? Actor. Tengo en mi nube la mirada de mi mamá, sus grandes ojos celestes, casi como una certera patada ninja. ¡Sí! De esas patadas voladoras. Las que se embocan. Cuando terminé

el secundario, ya pasaditos los 18 años, le digo: “¡Mamá! ¡Mamá! Tengo algo que decirte, algo muy importante, algo muy serio”. Ella me abrazó con fuerza, miró para los costados, creo que pensaba que la estaba filmando. Me dijo “hijo seas lo que seas, yo te apoyo, seré feliz si vos sos feliz. Tener un hijo gay o un hijo heterosexual es exactamente lo mismo. Nada es mejor y nada puede ser de ninguna forma peor, yo sólo quiero que seas inmensamente feliz, no me importa con quién duermas, con quien tengas sexo, sólo es importante que ames.” “¡Mamá!” le grité, “todavía no sé lo que soy, creo que soy bi, eso no era lo importante que quería decirte”. Volvió a abrir sus grandes ojos azules, más grandes. Esta vez escuchó, creo que no le gustan las sorpresas, como buena taurina. “Mamá, no voy a estudiar derecho ¡no! Voy a estudiar otra cosa”. Ella siempre barajó dos típicos futuros para mi futura existencia, sería médico o abogado ¿Clásica no? Ella, desde que tengo oídos para oír, me decía: “el que no estudia, no es nada”. Y acá estoy, siendo la nada misma. Acabo de recibirme de nada Sigo contando, ella, confundida me dijo: “¿qué vas a estudiar?”. ¿Por qué eso es tan importante? Pienso, pienso y sigo pensando. Le dije “voy a ser actor”. Casi se desmayó. Eso fue lo peor que le podía decir. Ella intentó reponerse, de ser, digamos, “moderna” y me dijo: “bueno, ese es tu camino, seguilo. Además estás siempre a tiempo de hacer una carrera universitaria de verdad...”. Al instante se hizo un café bien fuerte. Debo confesar que siempre me acompañó a todas las muestras de teatro que hice durante la carrera, siempre estaba sentada en primera fila, orgullosa. Sé que no es su sueño, que es el mío, pero ¿cómo vivir sin realizar sueños? Es imposible la vida sin sueños, sueños que podamos tocar. Sueños. Sueños. Sueños. No estoy muerto. Tú estás muerto. Tú estás muerto. Qué lindas tetas, vale la pena vivir para tocarlas, o vale la pena vivir para hacérselas. Aunque no lo crean ingresé a la carrera de actor escénico como hétero, ¡bah! eso creo, y la termino como bi. Entré libre de flores y salgo amando las

flores. Ustedes creen que soy gay. Claro que probé y probé. También me gustan las mujeres. Este cuerpo me hace vulnerable. Este cuerpo no se pregunta nada, este cuerpo vive, prueba, intenta. Vale la pena vivir para poder acabar. Este cuerpo es una constante búsqueda. Este cuerpo se expresa. Este cuerpo busca y busca y vuelve a buscar. La piel es esto que recubre un montón de deseos escondidos. Erecciones mías y tuyas, orgasmos míos y tuyos, pezones duros míos y tuyos. Soy un montón de piel urbana. Como abundantes edificios altos tapados por lluvias grises, que esconden miles de ventanas, con miles de deseos. Ya cumplí 25 años, encontré dos amores durante mi carrera. Una actriz y un actor. Ella es de piel muy blanca, bella, de ojos oscuros, piel de esas que el deseo tomó para sí. Sólo que ella me dejó cuando le conté que quería probar con un hombre. Quería tener sexo con un hombre. Estábamos en el medio de una las plazas cerca del centro, el águila gigante que tiene por monumento creo que giró la cabeza de los gritos que me daba. Ella no entendió nunca nada. Creo que su gran talento para ser actriz, la hacía boba para entender lo humano, lo real. Nosotros que éramos modernidad pura. Ella no entendió nada. Casi me mata a trompadas. Se enojó, se enfureció y me empujó al piso. Me dijo desde lo alto “nunca más te voy a hablar”. Y hasta ahora cumple con su promesa. Él, en cambio, era todo lo opuesto, cariñoso, afectuoso, su piel era toda contención. Un ser dulce. Me escuchaba. No es tan buen actor, pero sí un excelente ser humano y un gran amante, dispuesto a dar placer con generosidad inesperada. Este invierno se está instalando. No me gusta el frío, y menos las postales invernales. La ciudad se vuelve rebosante de frío. No dan ganas de salir, sólo de pegar el culo a la estufa y encima este espantoso gobierno te obliga a no prender la calefacción. Por la tele un anciano te pide te abrigues y tu líder ve fútbol en su casa con una cómoda remera, en fin, cosas que se pueden hablar sólo cuando llega el invierno y nos invita a mirar para adentro. Soy joven, vivo en una nube, estas cosas

no me importan, no sé por qué las dije, parte de mi eterna juventud. Lo importante, ya tengo mi título de actor, el que soñé. Mi deseo plasmado en un papel. Ya llega el invierno y tenemos que vestirnos, usar mucha ropa. No veo erótico el invierno, me quita la vida. Ahora, a buscar un trabajo, a hacer pruebas, estar atento a las propuestas y todo eso. Voy a seguir con mi ensayo. Voy a seguir con la obra, no, no es de esas obras clásicas. Es de esas obras, digamos... raras. Hoy tenemos prueba de luces. Voy, voy a ensayar. Ya se ve que están trabajando. Se ve. ¡Sí! Ya se ve, veo la gran llamarada de luz, cómo empieza a llegar hasta acá. Voy tras esa potente luz.

EL TUYO. Momento 3

Él: Él era mi mejor amigo. Él era mi vida. ¿Hablo en pasado? Sí, voy a hablar en pasado, está vivo, vivo para mi muerte. Hoy mismo muere con todo lo que tengo para decir. Quiero seguir siendo yo. No me quiero convertir en nada. No me quiero convertir en él. Quiero tan solo seguir siendo. Ya pasé los 18 años y no sé de nada. La eternidad quiere ser instante y el instante quiere ser eternidad. Me sostiene lo mismo que sostiene a la luna. ¡Sí! Me sostiene lo que sostiene a la luna, la misma luna, donde no importa la muerte de muchos, sólo importa la muerte de pocos. ¿Mi muerte? No importa. El pasado es blanco, blanco como la luna. Inalcanzable con una mano. Tesoro. Siempre está apareciendo por la noche, aunque duela. Aparecen las nubes, sólo la esconden, está. ¿Qué es el futuro? Una puesta de sol, un poco de luz. El futuro es un poco de luz. Me viene a mi turbada cabeza ese, mi viaje en avión, mi único viaje en avión, eso se me viene ahora a la cabeza. El despegue. Todos hablaban mucho, todo era alboroto. En el asiento de atrás un chino hablaba y hablaba, estornudaba fuerte. Yo quedé atrapado entre una mujer con cara de mala y un chico hermoso, sí, hermoso. La ciudad se veía enorme. Todo

era ruidos, ruidos y más ruidos, como mi cabeza. Yo no podía aguantar la risa, sí era extraño, toda esa confusión me daba mucha risa. Mucha risa. El chino sigue hablando fuerte, tiene niños chinos. Todos hablan. A la señora de cara de mala se le escapa una sonrisa. El chico lindo mira dibujos animados. Se me van las ganas de reír. La ciudad se ve en calma. Corre un poco de aire. La ciudad siempre está atrás de esta ventana. Casi que me invita a que la beba. Esa es la diagonal a la plaza. Muchas luces. En enero siempre duerme mejor la ciudad. Escapan los que la invaden y vacacionan los que se creen dueños. Sigo acá, contemplando. Hace calor. ¿Qué es el futuro? ¿Por qué en mí todo es tan intenso? Una mirada en el río. Una piel que no toqué. ¿Si me salvo? ¿Qué me salvaría? ¿El arte? ¡Hacer lo que me gusta! Ser actor. No nací con la fuerza de esos que realizan sueños. Sólo soy el que lee las frases lindas en facebook, el que se emociona con el videíto de amor. No seré nada. ¿O seré algo? Seré alguien. Mi madre quiere que sea médico o abogado, yo quiero ser actor. ¡Puedo ser las dos cosas! Mi mamá me miró con sus grandes ojos celestes y me abrazó de la nada, eso fue hoy, cuando llegó. Soy muy malo jugando al fútbol, se burlaron mucho mis compañeros de la escuela porque era un desastre jugando. Mucho, mucho, eso dolió mucho. El otro día caminaba por el parque, el de enfrente de casa, una pelota quedó al lado de mi pie, me paralicé, un frío golpeó mi estómago, miles de vidrios de clavaron en mi piel, no pude hacer nada, sólo correr, correr y correr, alejarme de lo que me da miedo. ¡Sí! Alejarme de lo que me da miedo, correr, correr, correr para vivir. Esa noche en la carpa tuve una erección, y lo sabés, giraste, la carpa era pequeña, vos estabas en el medio, tu hermano en una punta y yo en la otra, todos muy apretados, la noche de verano era cálida y bella. Cuando sentí tu pija dura apoyando mi cola, no quise correr, no me atravesaron miles de vidrios, sólo quise morir, fundirme en tu piel, ser tu piel, tu puñal mi muerte, tus ojos mi sangre, tu sangre mi voz, tu voz mis genitales,

tus genitales mi muerte. Sólo buscaba un amigo, un mejor amigo. Tu novia es bella, es una mujer bella y fuerte. Qué débiles se ven las luces del horizonte. La fuerza es femenina, el amor es masculino. ¿Vale la pena vivir para ser actor? ¿Para ser hijo? ¿Para ser abogado? ¿Para ver una flor amarilla? Acá están. Siempre imaginé un grupo de gente encargada de ayudar a otra. ¿Cómo sería? No sé, seguro sería lindo, y algo que tapar. La mañana va a llegar, es hora de trocar de piel. ¿Podría comerme mi piel, la vieja? Una transmutación, el resto, una cicatriz. Anoche soñé que saltaba por esta ventana y cuando caía, caía a una especie de mar ligero, era agua mezclada con aire, se podía volar y flotar a la vez, era maravilloso, volaba, estiraba mis brazos y esa brisa mezclada con agua refrescante era todo placer, placer y más placer, fue el mejor sueño que viví en toda mi corta existencia. Fue, sin duda, mi mejor sueño, creo que el único. Me dio sueño, este verano es color azul. No tengo muchos amigos, sólo los de la iglesia. Enero me gusta porque la piel es piel, enero me gusta porque es el primer mes. Me acostumbré a este dolor. El vacío se llena con dolor, el dolor aspira todo, lo transforma. Tengo un millón de voces en mi cabeza. Estas voces me hablan todas a la vez. No puedo morir atravesado por el puñal de tu piel blanca, no puedo morir en la fusión de tu voz y mi piel. Nunca van a existir mis sueños, ni los sueños de nadie. Nunca seré. Un hombre no me define, un sueño no me define, lo que haga me define. Yo decido qué hacer con este dolor, yo sé cómo silenciar estas voces. Las luces se ven lejanas, se ven débiles, como si algo las soplara. Esas dos parecen los grandes ojos celestes de mi madre. Esas otras luces parecen personas que no pueden soñar, esas otras parecen personas que no deben soñar. La noche es perfecta. ¿Perfecta? Mañana el cielo será celeste ¿Será? Piel y luces. Sueños. Allá está la luz que busco, las sombras se van, las voces se callan, puedo flotar y volar como en mi sueño, puedo volar, soy un hombre luz. ¡Luz!

Beso

Momento

La noche, cansada, se duerme sin poder nunca conocer un amanecer.

Judith: No me gustan los amaneceres de verano. ¡Bah! No me gusta ningún amanecer. Solo están para recordarnos que pasó la noche, que la guerra continua. Son como las cicatrices, sólo me recuerdan que dolió, que dolió mucho. Nunca me recuerdan algo sano, sólo me recuerdan que dolió. La conchuda de Sebastiana se fue con el tachero. Ella es tan atrevida... Una verdadera mujer fuerte, no tiene mi fragilidad. Ni loca me voy con el tachero... ¡ese te caga a palos! Siempre te deja una marca. Andá a pegarle a la Seba... ¡imposible! Ni gas pimienta usa la loca, literal, ¡te caga a trompadas! Me acuerdo el pete que le hice una vez. No me animé a subir al taxi, se lo hice arrodillada, en mi árbol preferido del bosque. El muy jodido me lleno el pelo de leche. ¡El pelo todo enlechado! Es un tambo, el cornudo. Tremenda verga ¡eso sí! Buen pagador. Pagador. “Y yo que te deseo a morir...” ¿Y el último de hoy? ¿Qué edad tendría? ¿Cuántos? ¿Dieciocho? Toda la plata mojada por la transpiración. Un montón. De los nervios se guasqueó al toque. Se acabó sobre el pantalón. Me besó, me besó en la boca. Por supuesto que no beso en la boca. Eso está reservado para el sapo que se transforme en ser alado. Me enamoré al instante ¿De qué me enamoré? ¿De qué? Son tantas vergas por noche, son tantas sombras que me mantienen de pie... Me besó como queriendo ser yo. ¡Alguien quiere ser como yo! Soy un payaso ciego disfrazado de mujer obvia. Mmmm... ojo de mujer con huevos, no falla: ¡él quiere ser yo! Dieciocho años, mis dieciocho años... Cuando miré a los ojos a mi mamá ella no dejó de coser, su máquina era ella misma. La miré fijo, la besé, casi me hago encima de los nervios. No

miré atrás, como para no convertirme en estatua de sal. Me fui de ese pueblo donde nunca deja de amanecer. Me fui de ese pueblo donde siempre, siempre está amaneciendo.

17 Momento 1

Ysyry: ¿Quién sabrá cuál fue mi último pensamiento? Nadie. ¿Civilización o barbarie? ¿Me puedo preguntar eso? ¿Tengo permitida esa pregunta? ¿Es sólo una pregunta para gente mayor? ¿Para eruditos? Gente con estudios universitarios. Esa pregunta cambió mi destino. Cambió. ¿Cambian los destinos? No sé, el mío, sí. Tengo el infinito tatuado en la retina, soy un joven aprendiz de necio que sobrevivió al incendio de la libertad, ahogando en el cerebro quemaduras de tercer grado que aún supuran miedo. Conozco varias ciudades. Nací en la fecha patria. Esa fecha patria. Tenemos dos grandes fechas de nacimiento. ¿Eso nos hace tan predecibles? En una nacemos, en otra fuimos libres. ¿Qué es más importante nacer o ser libres?. Cuántos nacen y son esclavos... Yo no quiero, yo no quise ser esclavo. Me opongo a tus cadenas, me opongo a tus condenas. No quiero estar condenado. No. No. No. Intento vivir sin cautiverios, sí, coleccionando tropezos que invitan a flotar. Un río calmo, de agua transparente, donde la corriente te puede arrastrar en contra mismo de la naturaleza. Un río de aguas encantadas, hechizadas, donde la luna se excita. La luna tiene orgasmos, porque está sola, enfrentada a tanta belleza, solo le queda acabar. Un río donde podés ahogarte, aunque la respiración sea posible. Donde el aire puro te llega con ganas, donde respirar es aliviador. Un río en el que te obligan a ser extranjero. Donde uno se vuelve raído en un extranjero, un enemigo del poder. Un río de valores y dolor. Un río mezcla de perdón y piedad. Un río de mirada profunda. Mi mirada eterna. Un río de obvia sangre. Un río de mirada de tres colores. Un día quise ser civilizado y me puse a luchar contra los bárbaros. Los bárbaros invaden siempre la tierra de los civilizados. No

desistí de esta pacífica lucha el día que me convertí en río. Fuimos con los civilizados a pedir lo de ellos. Los acompañé, decidido. Tapamos nuestros rostros. Aunque el de tu tele se burle, tapamos nuestros rostros. Los bárbaros son violentos, cuando ven nuestros rostros oscuros, nuestros ojos ancestrales, oscuros. Mi rostro se confunde con el de los bárbaros. Mi corazón no. La lucha comenzó cuando fuimos directo a cortar su arteria. No corría una gota de sangre. Los bárbaros quieren sus arterias libres. Así que fuimos a luchar. Éramos pocos. Los bárbaros, sí, eran muchos. Armados. Sus ojos tenían sed. Sus bocas, tenían miradas rojas. Sus manos tenían palabras hostiles. Sus corazones eran un camino, un camino al río. La orden vino del corazón más bárbaro. Someter. Someternos. Todos corrimos. Seguí a mis amigos, por los que entiendo, si vale la pena luchar. ¿Adolescente? ¿Obvio? Soy un eterno joven. Me persiguieron. Nos mataron, más no morimos. Me mataron, no morí. Tambores suenan fuerte. Acá estoy muerto en el río, para no dejar nunca de ser una mirada. ¿Les conté que conocí una ciudad que huele a tilo? ¡Sí! Huele a tilo. Tiene flores lilas que caen en una gran diagonal, que hace una equis gigante, con otra gran diagonal de árboles bellos. En el centro mismo de la equis, se enfrentan una gigantesca catedral sin fe, con un palacio habitado por un nuevo hostile inútil. Simple, no me gustó su olor a tilo, ni sus flores lilas, ni sus palacios para pocos salvados. Me gusto su invasión de gente, gente con ganas de hacer arte. Yo un artesano. Nunca seré artista. Soy feliz de ser un artesano. Admiro a los artistas, amo ser artesano. Mis manos no hacen arte. Mis manos son simples. Mis manos no conocen la ambición. Capaz sea ambición, tatuar piel, pero la piel es efímera, carne al fin. Soy un artesano, que trabajó con estas manos, manos que son río Acá estoy al fin. Acá estoy. En este río de lava para los bárbaros, de agua cristalina para los civilizados. Este río ya no corre más, Este río ya no será indiferente. Este río es de sal. Es de caminos, es de lucha. Es de todos. Soy joven, artesano, viajante, tatuador,

bello ¿Qué más puedo pedir? Vivir. Quiero que me devuelvan mi vida. Mi orgullo, mi familia, mi familia, que también es mi orgullo. Quiero un abrazo más de mi madre. Extraño su mirada. Su paciencia. Su capacidad para transformar el dolor en lucha. De chico, mirábamos las nubes sobre el campo, jugábamos a ver formas, mira allá tenés una casa, mira, mira, allí tenés un perro, esa otra, un pájaro. Hoy soy un río, suspendido en el firmamento. Espero que encuentres Madre, mi mirada, en una nube, en un poco de viento. Quiero ver a mi pueblo feliz. Quiero abrazar a mi hermano, para fundirnos en metal y pétalos. Quiero tatuar mi piel de nuevo. Asesinos está lleno. Pero, ¡pueblo que olvida! es un pueblo que no sueña. Un pueblo que no va a poder soñar. Asesinos. Asesinos. Asesinos. Anoche antes de ir a luchar soñé que mi madre me regalaba un barquito de papel y no lo agarre. Lo dejo en la hendidura de una bella ventana. Ella tuvo que decirme que me lo regaló. Jamás me obligó a subirme. Solo me lo regaló. ¿Sos libre? ¿Sos libre? ¿Sos libre? Acá soy. Soy una mirada ahogada en el río. Soy un límite. Soy frágil. Mi cuerpo ahogado es frágil. Nuestros cuerpos son frágiles. Somos débiles. Imperfectos. ¿Qué sostiene un cuerpo? Fragilidad. Dolores. Recuerdos de pecados. Mi fragilidad me hizo fuerte. Tengo miedo al agua. Estoy lleno de miedos, pero más miedo me da no ser libre, no vivir la vida que quiera. Muerto joven, bello. ¿Sirve? Sirve, sirve. Te recuerda, ahora, después, en algún momento, que mi cuerpo frágil, fue literalmente asesinado. Querían mi dolor. Un artesano muerto no vale. Una mirada frágil, te va a recordar siempre, siempre, que hay inquisidores. Mi mirada muerta, vive para recordarte que los inquisidores se disfrazan, de lo que la época requiera, de lo que el momento sea útil, celebraran con justicia mediática mi muerte. Muchos la creen justa. Mi mirada, solo mi mirada, será un disparo eterno al corazón de los inquisidores. Mi mirada, estará eterna, recordando que fui asesinado. Mi cuerpo frágil, frágil como el tuyo, fue asesinado. Es fácil matar, es fácil para el inquisidor matar,

pero, cada tanto, el río, cristalino, nos regala una mirada. El tiempo, va a traer mi mirada. ¿Olvido? Mi mirada, no será olvido. Mi mirada me hace libre. Seré este, el que los mirará eternamente, recordando que el Estado, el estado que somos todos, me asesinó. Solo quiero el barquito que me regaló mi madre, y navegar, ser libre.

17 Momento 2

Pará: ¿Quién sabrá cuál es mi último pensamiento? Nadie. Solo saben que mi último pensamiento fue en el fondo del mar. Saben, que soy parte de 44 pensamientos perdidos en el fondo del mar. Sin un adiós ¿Qué es un adiós? Soy una mujer fuerte, obligada a no decir adiós. Me obligue a demostrar que puedo. Me obligue a demostrar que las mujeres podemos. Como la que da vida no va a poder. Pude. Soy la única mujer que se le animó a los hombres de mi Nación. A meterme en este, mi eterno encierro de acero. El eterno mar es mi casa. Recuerdo sus ojos negros. Eternos. Una pequeña niña orgullosa de una mujer ¿Para qué parimos? No sé. Como duele esto de no ser adiós. Duele de más ¿A las mujeres nos duele más? No sé, no soy hombre. Sólo sé que hice lo que los hombres hacen y eso me hizo distinta. Fuerte. Recuerdo la cara de espanto de mi superior cuando vio que era mujer. Él, un misógino, cara blanca, llena de arrugas, arrugas de escritorio, arrugas de chupar medias. Me miró fijo, como tratando de que baje la mirada, y me dijo, sos mujer. Le contesté, soy mujer. Aquí estoy, una mujer, compartiendo baños con hombres, habitaciones con hombres. Qué pecado ¿pecado? Qué es pecado. La indiferencia es pecado. El olvido es pecado. ¿El perdón? ¿A quién se lo guardan? Solo soy esta, una mujer que no pudo decir adiós. Adiós a mi niña, adiós a mis amores. Solo soy este acero que me recubre, y tras el acero, la inmensidad. Ustedes me asesinaron, ustedes ¿cómo? Cuando creían que no podía ser parte de esto. Cuando me abandonaron. Ustedes son

cómplices. Este espantoso silencio suyo, muy parecido al silencio de esta profundidad. Silencio anárquico, Silencio que será bronce. Pero nunca será grito de dolor. Soy fuerte, porque las mujeres somos fuertes. Hasta existen las mujeres capaces de dar vida a estos dinosaurios que no desaparecen. La mano de mi niña es de celofán, su corazón es fucsia, con olor a mandarina fresca, sus ojos son de miel de cuentos de rinocerontes blandos, su sonrisa su sonrisa es lo único que me hace débil. Su sonrisa es lo único que perfuma este acero. Acero que rompería para escuchar el latido de su sonrisa. Entre risas me decía que quería ir al fondo del mar conmigo. Un poco es así. siempre algo de uno muere, cuando el latido de lo que se ama se va. Latidos. Mi corazón late, sin vida, pero late. El viento se escucha incluso en lo profundo. el viento sopla, aunque no sea su lugar. La última noche soñé con mi mamá. En una bella ventana de madera antigua, me dejaba, en una hendidura, un barquito de papel. La luz se filtraba anárquica De eso se trata, de ser libre. Soy libre, solo que quiero que un par falsos ojos no me conviertan en bronce, o en calle. Solo quiero decir adiós y contarle a los que amo que soy libre. Que se puede ser libre, Se puede elegir ser libre. Mi madre no me obligo a subir al barquito de papel, me lo mostro. El estado, me enseño a como morir olvidada, sin decir adiós, sin poder llorarnos, el estado me mató, Acá estoy, mujer, anárquica y libre.

17 Momento 3

Ykua: ¿Quién sabrá cuál fue mi último pensamiento? Nadie. Acá estoy indio, negro, pobre, gay, anciano, mujer, trans... Dispará. Acá está mi espalda, esperando tus balazos. Dispará. Dale. Dispará, seguí disparando. Dispará tu indiferencia, que es plomo que atraviesa mi carne, tu tibieza que es plomo que vomitás de tu boca, tu creencia, que es plomo para mi fe, tu ignorancia, que es plomo para mi esperanza. Dispará. Igual ya disparaste. No te preocupes que

vos me mataste, ¡sí! vos me mataste. Vos sos estado. Vos que sos empleado público que elige su vida, vos un empleado público que es libre de trabajar donde y para quien ama. ¿Cómo me disparaste? Así, siendo cómplice de tu elección de todas las mañanas, elección de no ser libre. Vos tenés un comercio. ¡Claro! El que soñaste, el que elegís en tus sueños, vos tenés tu empresa. ¡Claro! La que construiste a base de ser feliz. Vos me mataste por la espalda. ¿Cómo? No aceptando nada ¿Sabías que yo existía antes que tu nación? Por más que me dispare por la espalda, seguiré existiendo, existo antes que las convenciones. Yo soy original. Soy dueño de la tierra. ¿Por qué? Porque soy la tierra. Nosotros estábamos en la tierra desde antes que vos seas un infeliz empleado público, que estudió una carrera que ama. Acá está lo que vos creés que ves, un peón golondrina, un hippie roñoso, un terrorista, un esclavo, un pibe que limpia vidrios, un indio sucio que hace changas, un puto. No lo dudes, merezco ese balazo por la espalda. ¿Qué importa? Si murió un grito. ¡Claro! Vos sos un héroe. Vos sos útil a tu nación. Vos ves la tele que quieren que veas, vos verás la mano y la piedra que hay que mirar. Vos te cuidás el culo, culo de descendiente de europeos. Te crees superior, dando clases en una escuela, en un jardín de infantes, yoga, hablando varios idiomas, obvio que me podes dar un tiro por la espalda y olvidar. Sos superior. Acá estoy, joven, en una sonrisa infinita, vagando por bellos bosques, queriendo a mi tierra arrebatada ¿Qué hice? ¿Qué hice de malo? Nacer. Mi tierra es inmensa como tu mar. Llena de sabiduría como tus libros. Duele. Duelen los recuerdos. Tomaba un mate cocido bien caliente. Entraba en la adolescencia. Ella apenas me miró, supe que la amé. Ojos oscuros, como duelen tus ojos. Boca serena como mi lucha, manos bellas como mi tierra. Éramos muy tímidos. El amor a esa edad por estas tierras es dulce. Se sentó al lado mío. Me senté al lado de ella. Dos que dejábamos de ser niños. Descubrí el amor. Descubrí que el amor y el sexo son buenos. Sé que aunque sepas esto, me darías el tiro por la espalda.

Ella era simple y compleja. Nos besamos a los pocos días. Frente al río, a la entrada del bosque. Donde la luna está obligada a ser bella. Donde todo es efímero. Donde las batallas no sirven. Bajo esa luna obligada nos dimos ese primer beso. En ese mismo lugar, en ese me diste mi primer certero disparo. No estaba la luna. Estaba el sol. El sol confesor. El que muestra, el que te obliga a ver y no justamente belleza. Quiero vomitar ¿Soy un joven? ¿Soy olvido? ¿Soy un indio? ¿Soy raíz? No soy. Vos sos. La noche del fusilamiento soñé con mi madre. En una ventana hermosa, que se veía la luz del sol, en una hendidura, me dejaba un barquito de papel. No lo tomé. Ella durante el sueño, apareció para recordarme que me dejó ese barquito de papel. Me diste libertad ¿Por qué no todas las madres dan libertad? ¿Por qué no todas las madres enseñan que existen los barquitos de papel? Uno elige subirse o no. Vos seguro estás viviendo la vida que elegís. Amas a quienes te aman. Solo sé que caí a la tierra húmeda y roja. La bala se hizo un festín de sangre india. El dolor fue brutal. Pude ver una flor en el suelo mientras caía. Pude ser tiempo, el que gane en eternidad, El sabor amargo del dolor lleno mi cuerpo. El dolor era brutal. Vi los ojos sobre el mate cocido, eran las más bellas noches vistas. Vi a mi madre, contenta. Vi el barquito de papel. Vi que la lucha sigue. No existe rendición. Grité. ¡Soy libre! Soy libre, soy libre ¡Soy libre! Soy libre, soy libre.

Pousada. Momento 1

Mujer: Las mujeres no nos suicidamos, las mujeres nos exiliamos. ¿Cómo la que da vida va a quitar vida? Las mujeres nos desterramos. Las mujeres nos empoderamos a pesar de que el mundo esté gobernado por seres que silencian voces y atan manos. Las mujeres vemos los precipicios, pero sólo los vemos. Nos podemos marear, sentir atracción, pero, pero... en el momento exacto giramos y les damos la espalda. Por eso nos matan. No somos inmunes al dolor,

nadie dice eso, sólo se trata de qué hacemos cuando el dolor se hace extremo, ese que corta, ahoga, duele de más, cansa, da y quita las noches, ese dolor que no pueden resolver los que lo estudiaron, ese que hablando no se quita, ese que los ojos y la piel del que se ama no cura. Dolor infinito, dolor que arrasa, dolor que extingue, dolor asesino de ideales, de metas, de futuro. Así, ese dolor inimaginable, inagotable, me hizo venir a la selva, a vivir mi exilio. Es fácil decidir morir, pero decidir irse, dejar todo, avisar a los que amás, a los que te aman que te vas, eso requiere de una fuerza que sólo una mujer puede tener. Casi como esa fuerza que da vida, esa fuerza que permite cerrar la puerta, sin mirar atrás. Ya no soy tu pajarito, tu muñequita, tu objeto, sólo soy una mujer que se esconde en su selva. Recuerdo el televisor prendido de fondo, creo que mi hijo miraba “La historia sin fin”, se escuchaban de fondo, en los silencios, esos personajes luchando porque la nada no gane. Mi hijo no se dio cuenta de que era verdad mi amenaza. Sólo miraba fijo el televisor y cada tanto su teléfono. Para él sólo éramos voces discutiendo, algo cotidiano. Vos me miraste con tus grandes ojos azules, sólo eso, me miraste. ¿No me creías? ¿No te importaba? ¿Resuelve tus problemas? Vos lo sabrás. Yo tenía en mi cartera lo que necesitaba para poder cerrar esa puerta, mi pasaporte, mis documentos, algunas viejas fotos, el dinero suficiente para llegar hasta acá, unas pastillas de menta, de las fuertes, el libro que me regaló mi madre. Te dije adiós, solo derramé una lágrima cuando... mi muchachito corrió la vista de su película para mirarme un segundo a los ojos. En ese instante comenzó mi exilio. Volví a mirarte, tus ojos azules ya me eran ajenos. Sin mirar a nadie cerré la puerta y salí rápido, caminé, caminé y caminé. La selva es mi paraíso, la selva es mi exilio, es mi nueva, liberadora casa. La selva es mi tumba. No tengo noticias de nadie, nadie tiene noticias mías. Una extranjera limpiando una posada, sólo soy eso, una eterna extranjera limpiando baños. ¿Los hombres no lloran? No los besé. ¿Debí besarlos? La selva es bella, inimaginable, sólo se

la entiende cuando se está. Puedo estar horas sentada frente al río, mirando, mirando... ¿En qué momento esta belleza se me volvió rutinaria? No sé, pero sé que estoy en mi selva, en la que me desterré. Destierro que nace del útero. Tumba que sale desde mi libertad. ¿Quién soy? Una mujer, una simple mujer que sabe que para el destierro se necesita mucho, mucho más coraje que para morir. No los besé.

Pousada Momento 2

Hombre: Río Negro, Río Tapajos... dudé a cuál venir a contemplar este año nuevo. Ganaste vos, Río Negro. Fue un año difícil el que quedó atrás. ¿Quedó atrás? Si los años quedan atrás... ¿quedan? No viví la vida que quise. Tengo todavía la imagen de tu cara, me miraste fijo, con ese odio que siempre tiene tu mirada. ¡Mandame un whatsapp antes de venir, no me gustan las sorpresas! Siempre decís las mismas cosas, mujer. Solo quería darle un beso a nuestra hija. ¿Nuestra? ¡Qué lindo abrazo me dio, lindo de más. No se dieron cuenta de que lloraba. Creo que nunca se dieron cuenta cuando lloré. ¿Me vieron alguna vez? Creo que no. Era sólo darle un abrazo antes de mis vacaciones en el Amazonas. Recuerdo claramente cuando te vi por primera vez, tu belleza competía mano a mano con ese paisaje. ¡Por favor! Todos te miraban, todos te contemplaban. Sin duda la selva es tu mejor vestido. Me miraste y me dijiste "Made in..." y no nos separamos por ocho intensos años. Tener un hijo tan rápido nos unió y nos dividió a la vez. Nunca me vas a amar. Odio mi trabajo, odio que no me ames, odio mi fragilidad. Fragilidad que corta, ahoga, invita al dolor. Sólo pienso en eso. Vine para esto. Río Negro. Despacio, sin apuro, disfrutando de esta noche, de este cielo estrellado que no tiene palabras que lo cuenten, con esta brisa que me toca como jamás mano alguna me tocó, así, despacio, despacio. Me voy a subir al bote y en el medio del Río voy a descansar. Miraré largo rato las estrellas. No las voy a contar,

porque las contaba junto a vos, en este mismo cielo. Sólo las miraré, como quién alguna vez las tocó. ¡Sólo las voy a mirar! Yo quiero morir rodeado de belleza, quiero morir dentro de toda esta belleza que golpea, belleza maltratada. Cuando esté listo, sin ningún apuro, como el atrapante sabor del maracuyá, como ese haz de luz sobre el agua negra, me tiro. No quiero morir en un hospital como todo el mundo, rodeado de médicos, con olor a lavandina y ruidos extraños, con tu bella mirada a metros de mí. Mirada llena de lástima. Prefiero morir con belleza. Es mejor la belleza, supera a la dignidad. Si alguien me quiere recordar, se toma unas vacaciones, se sienta frente al río de las muchas formas y lo mira fijo, como tratando de entender qué tiene que ver la muerte con la belleza. Morir porque no sé vivir, vivir es morir. No tengo más coraje para vivir, nunca lo tuve. La muerte me entiende, resuelve. Todo duele. Siempre todo dolió mucho. Todo es muy simple, no aguanto más, y es acá donde encuentro el coraje para morir, solo, como siempre estuve, como siempre estamos y como siempre estaremos. Solos, solos, solos, solos. No tuve el coraje para venir a vivir pero sí tengo coraje para venir a morir. Eso sí, morir con belleza, con mucha belleza. Espero poder convertirme en uno de estos árboles y poder siempre mirar este río, firme, constante, tibio, sano, con mis nuevos ojos de belleza.

Escriben en este número:

ADAMIK, Sabrina
ALEJO MARTÍNEZ, Carlos Alberto
ALMEDA SAMARANCH, Elisabet
BERNAL, Andrés
BERNAT MOLINA, Ignasi
BERROS, M. Valeria
BONET DE VIOLA, Ana María
BOTO ÁLVAREZ, Alejandra
CAMPS CALVET, Clara
CASTRO, Agustina
CENA, María Julieta
CIEZA, Daniel
FERREYRA, Leandro E.
GIL MATAMALA, August
HERNÁNDEZ GUZMÁN, Suset
HIERRO SÁNCHEZ, Luis Alberto
HILBCK, Carlos
KOSOVSKY, Fernando
MARICHAL, María Eugenia
MARTINELLI, Augusto
MORERO BELTRÁN, Anna M^a

ORTEGA, Javier
ORTIZ, Juan
PRESA, Diego
RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed
RAMÍREZ-AYÉRDIZ, Danny
ROSS, Zarina E.
VERBIC, Francisco
VILLARREAL, Marina



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR