



INVIERNO 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



INVIERNO 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López • UNLP
Prof. María del Carmen Alemán • UNLP
Prof. Rosario Echevesti • UNLP
Prof. Fernando Maitini • UNLP

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

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

CORRECTOR GENERAL

Abog. José Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

Abog. Sofía Sarasqueta, Abog. María Fernanda García,
Can F. Ozden y Juan Cruz Vallefin

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

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcela de Luca

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins

Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães

Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales

Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Julián Portela

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Esteban Rodríguez Alzueta

Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero

Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez

Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain

Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio

Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo

Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Antonio Carlos Wolkmer

Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina

Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz

Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides

Universidad Federal de Río de Janeiro

Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

LAS JUANAS, FEMINISMO POPULAR

Las Juanas es un colectivo de artistas, diseñadoras y trabajadoras de la cultura. Su espacio vecinal y universitario está compuesto por estudiantes y docentes de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) que luchan todos los días por una patria más libre, justa y soberana a través de la participación social y política. El colectivo feminista busca la reivindicación de las mujeres latinoamericanas, trabajan por la representatividad de las compañeras en la organización política, enriqueciendo el movimiento a través de la perspectiva de género. Las postales que aquí presentan son una recopilación de trabajos que realizaron en 2018: producciones en el marco del 8 de marzo, paro internacional de mujeres, respuesta ante los movimientos antiderechos - pro aborto clandestino, las presentaciones en el Congreso de la Ley de legalización del aborto, las movilizaciones de Ni Una Menos y producciones de coyuntura.

Instagram: @juanas.feminismopopular / @oh_my_sweet_darwin
@antodcv / @lunaferrari_ / @_chirico

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

NORMA ETCHEVERRY

Nació en Ranchos (provincia de Buenos Aires) en 1963. Es periodista y actualmente reside en La Plata. Publicó los poemarios *Máscaras del tiempo* (1998), *Aspaldiko* (2002), *La ojera de las vanidades y otros poemas* (2009) y *La vida leve* (2014), que ha sido traducido al griego como tesis de Maestría en el contexto del Departamento de Lenguas Extranjeras, Traducción e Interpretación de la Universidad Jónica, Corfú, Grecia. En colaboración, ha publicado *Lo manifiesto y lo latente* (2011), *Anotaciones de Horacio Castillo a su poesía y otras notas amigas* (2012) y diversas antologías. En 2015 publicó *La isla escrita*, una selección propia de poetas cubanos contemporáneos, que fue presentada en la Feria del Libro de La Habana (2016).

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	17
ENSAYOS	25
Crímenes de sistema y futuro del Derecho Internacional	27
<i>Luigi Ferrajoli (Universidad de Roma III)</i>	
Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (Primera parte). Bases históricas de la Constitución y el Constitucionalismo	48
<i>Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz)</i>	
La posible estabilidad de los agentes contratados de la Administración Pública nacional	105
<i>Adolfo Nicolás Balbín (UNLP)</i>	
Reflexiones en torno a las dificultades para acceder a créditos tendientes a adquirir una vivienda	143
<i>Natalia Lorena Barriviera</i> <i>y Valeria Griselda Fiodorov (UNLP)</i>	
La Hegemonía de la Familia	159
<i>Fabián Andrés Bernal</i> <i>(Universidad Nacional de Colombia)</i>	
Acerca de la patologización y medicalización de los malestares infantiles actuales y sus Derechos “en juego”	178
<i>Gabriela Dueñas (USAL)</i>	

La descolonización del derecho y la justicia comunitaria em el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano	190
<i>Gisele Ricobom y Félix Pablo Friggeri</i> <i>(Universidad Federal de la Integración Latinoamericana)</i>	
La idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exigibilidad	210
<i>Marcelo José Schreginge (UNLP)</i>	
El totalitarismo financiero en el Siglo XXI como fase superior del neocolonialismo (I) (medios, discursos, muertes institucionales y otras manifestaciones en la Argentina actual)	246
<i>Fernando Amosa (UCALP)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	297
Inconvenientes en la tipificación e investigación en el delito de pornografía infantil (Art. 128 del Código Penal Argentino)	299
<i>Pablo Gastón González (UNLP)</i>	
La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema constitucional argentino. Análisis de las competencias y la jerarquía de las normas en materia de educación superior	317
<i>Leandro Abel Martínez (UBA)</i>	
Novedades legislativas	388
<i>Eduardo Baldi (UNLP)</i>	

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	399
Avances y retrocesos en la aplicación jurisprudencial del Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales (Dec. 1.246/15) .	401
<i>Pablo Octavio Cabral (UNLP)</i>	
El indulto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	414
<i>Esteban Federico Taglianetti (UNLP)</i>	
La judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad. El fallo “Romero Cacharane” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	459
<i>Ignacio Fernández Camillo (UNLP)</i>	
Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales bonaerenses	468
<i>Fernando Amosa (UCALP)</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia Nacional	490
<i>Juan Francisco Díaz (UNLP)</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	496
<i>James Vértiz Medina (UNLP)</i>	
OPINIÓN	507
Brexit y orden de detención europea	509
<i>Dimitris Liakopoulos</i> <i>(Fletcher School-Tufts University)</i>	
Una sensata cantidad de violencia: La aceptación de prisiones como síntesis de la actual sensibilidad acerca de la violencia	531
<i>Jackson Silva Leal (UNLP)</i>	

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	557
Agroquímicos: su impacto en la legislación y jurisprudencia bonaerense	559
<i>Juan Ignacio Moreno (UNLP)</i>	
Modos de intervención estatal sobre la infancia y su relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes	580
<i>Gerónimo Martín Edrmann Mc Donald y Astrid Mora (UNLP)</i>	
Violaciones de derechos humanos: un caso de detención arbitraria que invita a indagar y reflexionar . .	593
<i>Joaquín Pablo Reca y Mariano Plaza (UNLP)</i>	
INVESTIGACIONES	607
Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados . .	609
<i>Juan Stinco (UBA)</i>	
DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA	709
Discurso en la presentación de la Revista Derechos en Acción N° 10	711
<i>Raúl Eugenio Zaffaroni (UBA)</i>	
SECCIÓN ESPECIAL:	
ACTUALIDAD JURÍDICA EN CUBA	723
La vía de lesividad administrativa: utopía vs. realidad en el ordenamiento jurídico cubano	725
<i>Grethel Arias Gayoso (Universidad de Oriente)</i>	

Acotaciones sobre la base conceptual de los principios generales del Derecho	759
<i>Alejandro González Monzón</i> <i>(Universidad de La Habana)</i>	
Los derechos privados constituidos sobre sepulturas. Reflexiones desde su problemática actual	830
<i>Erick Ortega García</i> <i>(Universidad de Camagüey)</i>	
Acción pública de constitucionalidad. Una mirada a la luz del texto de 2019	848
<i>Martha Prieto Valdés</i> <i>y Amanda Laura Prieto Valdés</i> <i>(Universidad de La Habana)</i>	

#EDITORIAL



Gran La Plata

Vuelvo sobre mis pasos
la ciudad destila un olor a humo penetrante
de basura que se quema
sobre el asfalto esta cinta violenta gris opaca
por donde va mi auto como si fuera
a control remoto
igual mi alma
a control remoto va desde hace rato
por el río que sigue y sigue
ya no se sabe de dónde sale tanto humo
tanto
que no deja ver
lo que viene delante
atrás quedan las flores muertas
las cruces del camino
los cuerpos flotando a la deriva
sobre camas abiertas
destendidas de noche
y cerradas al ojo del sol que vuelve
y vuelve
no importa si la ausencia o la tibieza
no importa lo que fuera
que soñamos al principio
ni el dibujo que hicimos en la infancia
del futuro que nunca es
solo este río asfáltico y este olor a humo nos contiene
a todos
basurales en las afueras del casco urbano
que aunque lejos
siguen siendo lo que son
miserias parejas uniformes
que nos igualan en los márgenes.

Autora: Norma Etcheverry

Arte de la portada: Catalina Zerbino (ilustración)
Antonela Torretta (edición digital)

Editorial

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e268>

Presentamos la edición invierno de 2019, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al duodécimo número de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos sociales, a nuestro entender importantes, acaecidos en los últimos tres meses en la Argentina, la región, y en nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El inicio del invierno nos azotó con la tragedia de numerosas personas que, en situación de calle, perdieron su vida por no poder soportar las bajas temperaturas sin la suficiente alimentación y viviendo a la intemperie. El Censo Popular de Personas en Situación en el que participan ONG, el Ministerio Público de la Defensa de la CABA, el consejo de Organizaciones Sociales de la Defensoría del Pueblo de la CABA, y la Presidencia de la Auditoría General (CABA), determinó que son 7.251 las personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires, de las cuales 5.412 vive a la intemperie en plazas, entradas de edificios y bancos o en veredas.

En respuesta al notable aumento de fallecimiento por causa de la pobreza fue motorizada por la sociedad organizada y no por las autoridades del Estado que pretendieron invisibilizar la gravedad de la situación social de las personas que viven en la calle. Un ejemplo de una conducta solidaria fue la iniciativa la Red Solidaria que, a principios de julio, organizó una propuesta para que decenas de personas que generalmente duermen en la calle pasaron la noche en el Club Atlético River Plate, que abrió sus puertas para albergar a esas familias. Según explicó Juan Carr, la primera noche se quedaron 103 personas, la segunda 114, la tercera 116, y anoche, 60.

Finaliza la estación invernal con la sanción, por parte de la legislatura de la Nación de la ley de emergencia alimentaria que establece un incremento de emergencia como mínimo del 50% de las partidas presupuestarias vigentes del corriente año para políticas públicas de alimentación y nutrición hasta el 31 de diciembre de 2022, con un costo estimado entre 4.000 y 10.000 millones de pesos.

El antecedente de una declaración de emergencia alimentaria lo encontramos en la crisis social del año 2001, al finalizar el gobierno de la Alianza, cuando el presidente Eduardo Duhalde dictó el decreto N 108/2002 que Declaró la Emergencia Alimentaria Nacional hasta el día 31 de diciembre de 2002 y dispuso la creación de un Programa destinado a la compra de alimentos, que sería administrado por el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente. Esta norma fue prorrogada por sucesivas leyes (Ley N° 27.345 B.O. 23/12/2016 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2019 la vigencia de la emergencia dispuesto en este decreto. Anteriormente fue prorrogada por Ley N° 26.896 B.O. 22/10/2013; Ley N° 26.729 B.O. 28/12/2011; Ley N° 26.563 B.O. 22/12/2009; Ley N° 26.456 B.O. 16/12/2008; Ley N° 26.339 B.O. 04/01/2008; Ley N° 26.204 B.O. 20/12/2006), por lo que –desde el Gobierno nacional- se planteó la innecesariedad de aprobar una nueva norma dejando en evidencia su intención de ocultar que, habiendo llegado al poder prometiendo “pobreza cero”, culmina su mandato con un incremento de la pobreza e indigencia, aumento del desempleo y la inflación y con una declaración de emergencia alimentaria.

La Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU, Hilal Elver, realizó una visita a la Argentina del 12 al 21 de septiembre de 2018, a fin de evaluar el progreso logrado y los desafíos que aún se enfrentan en la realización del derecho humano a la alimentación. En su informe se relata que “Durante su visita, la Relatora Especial buscó evaluar las posibles implicancias del acuerdo con el FMI, así como los efectos directos e inmediatos de la crisis sobre el derecho a la alimentación de la población. En situaciones de crisis con una elevada inflación

quienes más sufren son aquellos que ya son vulnerables a la inseguridad alimentaria, como los campesinos sin tierra, los trabajadores agrícolas, los migrantes y los pueblos indígenas, que ven peligrar sus medios de subsistencia. La Relatora Especial observó que una mayor cantidad de personas acudía a los comedores comunitarios, o se salteaba comidas, y que muchos niños dependían exclusivamente de los programas escolares de alimentación para recibir sus raciones diarias”.

Concluyó la relatora que. “La Argentina tiene abundantes recursos naturales que permiten la autosuficiencia y brindan apoyo a un sector agrícola productivo. En tanto no debería haber problemas para garantizar la disponibilidad de alimentos para la población, el modelo actual de la agricultura industrial, que promueve la soja y otros cultivos comerciales para la exportación por sobre un sector agrícola diversificado, ha socavado la seguridad alimentaria de la población.”

Agregó que “Además, el derecho a una alimentación adecuada requiere una accesibilidad económica. Aunque el impacto de una economía de mercado libre ha contribuido al crecimiento económico impresionante de la Argentina en años recientes, este crecimiento no ha beneficiado a todos de una manera inclusiva. La pobreza sigue siendo elevada en algunas partes del país y se está arraigando no solamente en las áreas rurales, sino que existe el riesgo de que aumente en los centros urbanos. La crisis económica reciente amenaza con profundizar esta brecha de pobreza.”

Como vimos, no obstante la existencia de una declaración de emergencia anterior vigente hasta fin de año, la gravedad de la situación social, acompañada por la insuficiencia de las políticas llevadas adelante por el poder ejecutivo para resolver la situación, y las nuevas medidas dispuestas en la nueva ley de emergencia, permiten afirmar que esta reacción de nuestros representantes podrá –además de visibilizar la problemática– intentar superar tal gravedad.

Como dato relevante durante estos últimos meses debemos destacar las elecciones llevadas adelante el pasado 11 de agosto

del año en curso. En ese día se desarrollaron con absoluta normalidad las Primarias Abiertas Simultaneas y Obligatorias (PASO).

A nivel nacional este año se deberá elegir en nuestro país: Presidente y Vicepresidente de la Nación; 130 diputados nacionales (renovación de la mitad de la Cámara) y 24 bancas de senadores (renovación de un tercio del Cuerpo). Las provincias que este año votarán senadores nacionales son Chaco, Entre Ríos, Neuquén, Río Negro, Salta, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En tanto que en la Provincia de Buenos Aires se deberán elegir: 35 diputados nacionales; 1 gobernador; 1 vicegobernador; 23 senadores provinciales (16 suplentes); 46 diputados provinciales (28 suplentes); 135 intendentes; 1097 concejales (706 suplentes); 401 consejeros escolares (401 suplentes), estando habilitados para sufragar 13.185.036 electores, distribuidos en 37.704 mesas en todo el territorio provincial.

El resultados de las PASO consolidó el amplio triunfo de la fórmula presidencial del “Frente de Todos” (Alberto Fernández-Cristina Fernández) que se impuso por 47,78 % de los votos; en tanto que el oficialista frente “Juntos por el Cambio” (Mauricio Macri-Miguel Ángel Pichetto) obtuvo el 31,79 % de los sufragios. Por su parte, “Consenso Federal” (Roberto Lavagna-Juan Manuel Urtubey) cosechó el 8,44 % de los votos; el “Frente de izquierda y de trabajadores (Nicolás del Caño-Romina Pla) el 2,93 %; el “Frente Nos” (Juan Gómez Centurión-Cinthia Hotton) el 2,71 % y por último, el “Frente Unite por las libertad y la dignidad” (José Luis Espert-Luis Rosales) el 2,23 % . El resto de las fórmulas no llegaron al piso mínimo establecido por la ley del 1,5 %. Fue así que, la única candidata mujer a la presidencia, Manuela Castañeira, lamentablemente se quedó fuera de carrera.

En la provincia de Buenos Aires el panorama fue algo similar, la formula a Gobernador y Vicegobernador del “Frente de Todos” (Axel Kicilloff-Verónica Magario) se impuso comodamente por el 49,34% de los votos frente a la formula oficialista

de “Juntos por el Cambio” (María Eugenia Vidal-Daniel Salvador) que sacó el 32,57 % de los sufragios. En un tercer puesto alejado quedó “Consenso Federal” (Eduardo Bucca-Luis Saredi).

Resta ahora que los candidatos seleccionados en las PASO se midan en las elecciones generales previstas para el próximo 27 de octubre. Desde esta publicación celebramos cada uno de los actos eleccionarios que se desarrollan periódicamente en nuestro país. El pueblo soberano, en ejercicio de sus derechos políticos, elige libremente a sus legítimos representantes. También sostenemos que, si bien el sufragio es necesario en cualquier democracia moderna, no resulta suficiente. Necesitamos de un ciudadano que, además de votar, se comprometa y participe activamente de la cosa pública, que exija, interpele, proponga, tome posiciones frente a los problemas y desafíos de nuestra sociedad. El paso de una democracia “representativa” a otra “participativa” fortalecerá sin dudas nuestras instituciones.

Con relación a nuestra publicación, nos es muy grato anunciar a los lectores y autores de ReDeA que nuestra revista se incorporó a Google Académico y a Academia.edu.

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

STAFF EDITORIAL

#ENSAYOS



Loca de Amor

Aunque la loca
cante
con su boca de
roca
es boa
y vaca sagrada,
rota
en el grito de la Otra
yo digo
que es
piedra
tijera
y papel.

Autora: Norma Etcheverry

Arte de la portada: Antonela Torretta
(diseño y edición digital)

Los crímenes de sistema y el futuro del orden internacional¹

System crimes and the future of the International Law

Crimes do sistema e futuro do Direito Internacional

sur les crimes du système et l'avenir du droit international

制度的犯罪和国际法的未来

Luigi Ferrajoli² | Universidad de Roma III

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 27-47

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e299>

Recibido: 25/06/2019

Aprobado: 26/06/2019

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto denunciar la tensión existente entre la desproporcionada expansión de los efectos de un modelo global que trae consigo la masificación de situaciones mortales para la población vulnerable en el mundo. Asimismo la revisión del crimen como término circunscripto y limitado a las conductas desviadas, para expandir la categoría hacia los crímenes de sistema, para describir a los sujetos activos internacionales que producen situaciones proclives

¹ Traducción de Nicolás Guzmán (UBA). Conferencia expuesta el 10 de diciembre de 2018 en el congreso organizado por la Fondazione Basso en Roma, Montecitorio, sobre "Derechos humanos y derechos de los pueblos, entre políticas de potencia y derecho internacional", en ocasión del septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

² Luigi Ferrajoli (n. Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940) es un jurista italiano y luego nacionalizado francés, uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.

a la violación de los derechos humanos de dichos pueblos. El autor se pregunta por ¿cómo debemos llamar a las violaciones masivas de los derechos humanos, consistentes, todas ellas, en catástrofes humanitarias? ¿Cómo debemos calificar, sobre la base de las cartas constitucionales e internacionales de los derechos de libertad y de los derechos sociales que integran nuestros ordenamientos, a los millones de muertos a causa del hambre, la sed y las enfermedades, víctimas del crecimiento exponencial de la desigualdad y la pobreza? ¿Cómo debemos configurar jurídicamente a las cientos de miles de personas que son constreñidas a escapar de las guerras y la miseria provocadas por las políticas de los países más fuertes, que hasta pierden la vida en sus tremendas odiseas o que, al arribar a nuestros países, se topan con la exclusión y la opresión racista solo por sus identidades diferentes? Más aún: ¿cómo debemos concebir, en el plano jurídico, a las devastaciones ambientales que sufren, sobre todo, las poblaciones de los países pobres y que son producidas por la ausencia de límites y controles sobre el desarrollo industrial ecológicamente insostenible de los países ricos?. Por último aborda la cuestión relativa al interés de todos en la supervivencia de la humanidad y en la habitabilidad del planeta.

Palabras claves: Globalización, Soberanía, Orden Internacional, Crímenes de Sistema, Carta di Algeri de los derechos de los pueblos

Abstract: The aim of this work is to report the tension of the disproportionate expansion of the effects of a global model that brings the massification of mortal situations for the vulnerable population in the world. Also, the review of crime as a term circumscribed and limited only to deviant behaviors, in order to expand the category towards system crimes, to describe international active subjects that produce situations which facilitate the violation of the human rights of these peoples. The author wonders how we should call the massive violations of human rights, consistent, all of them, in humanitarian catastrophes? How should we qualify, on the basis of the constitutional and international letters of the rights of freedom and the social rights that make up our ordinances, to the millions of deaths due to hunger, thirst and disease, of victims of the exponential growth of inequality and poverty? How should we legally define the hundreds of thousands of people who are constrained to escape the wars and misery caused by the policies of the strongest countries, who get to even lose their lives in their tremendous odyssey

or who, when arriving in our countries, face exclusion and racist oppression only because of their different identities? Moreover, how should we conceive, in a legal sleight, the environmental devastation suffered, above all, by the populations of poor countries, which are produced by the lack of limits and controls on the ecologically unsustainable industrial development of the rich countries? Finally, it addresses the issue of everyone's interest in the survival of humanity and the habitability of the planet.

Keywords: Globalization, Sovereignty, International Order, System Crimes, Carta di Algeri of the rights of people.

Resumo: O presente trabalho tem como objeto denunciar a tensão existente entre a expansão desproporcional dos efeitos de um modelo global que traz consigo a massificação de situações mortais para a população vulnerável no mundo. Da mesma forma, a revisão do crime como um termo circunscrito e limitado a comportamentos desviantes, para expandir a categoria em direção a crimes sistêmicos, para descrever aos sujeitos ativos internacionais que produzem situações propensas à violação dos direitos humanos desses povos. O autor se pergunta por: Como devemos chamar as violações maciças dos direitos humanos, consistentes, todas elas, em catástrofes humanitárias? Como devemos qualificar, com base nas cartas constitucionais e internacionais dos direitos de liberdade e dos direitos sociais que nossos sistemas de regulação, aos milhões de mortes devidas a fome, sede e doenças, vítimas do crescimento exponencial da desigualdade e pobreza? Como devemos configurar legalmente as centenas de milhares de pessoas que estão constrangidas a escapar das guerras e da miséria causadas pelas políticas dos países mais fortes, que até perdem a vida em sua tremenda odisséia ou que, ao chegar em nossos países, eles encontram exclusão e opressão racista só por suas diferentes identidades? Mais ainda, como devemos conceber, no plano legal, as devastações ambientais que sofrem, sobretudo, as populações dos países pobres e que são produzidas pela ausência de limites e controles sobre o desenvolvimento industrial ecologicamente insustentável dos países ricos? Finalmente, aborda a questão do interesse de todos na sobrevivência da humanidade e na habitabilidade do planeta.

Palavras-chave: Globalização, Soberania, Ordem Internacional, Crimes do Sistema, Carta di Algeri dos direitos dos povos.

Résumé: Cet article a pour but celui de dénoncer la tension qui présente l'extension disproportionnée des effets d'un modèle global qui entraîne la massification de situations mortelles pour la population vulnérable du monde. Aussi, on veut revoir l'expression «crime», car il est considéré comme un terme circonscrit et limité aux comportements déviants, afin d'élargir la catégorie aux crimes systémiques et de décrire les sujets actifs au niveau international qui produisent des situations susceptibles de violer les droits fondamentaux de ces peuples. L'auteur se demande comment nous devrions appeler les violations massives des droits de l'homme, qui sont tous compatibles avec les catastrophes humanitaires? Comment qualifier, sur la base des lettres constitutionnelles et internationales des droits de la liberté et des droits sociaux qui composent nos ordonnances, les millions de décès produits pour la faim, la soif et la maladie, victimes de la croissance exponentielle de l'inégalité et de la pauvreté? Comment configurer légalement les centaines de milliers de personnes contraintes d'échapper aux guerres et à la misère causées par la politique des pays les plus forts, qui perdent même la vie dans leur formidable odyssee ou qui, en arrivant dans nos pays affrontent l'exclusion et l'oppression raciste uniquement à cause de leurs identités différentes? En outre, comment devrions-nous concevoir, sur le plan juridique, les ravages environnementaux subis avant tout par les populations des pays pauvres et qui résultent de l'absence de limites et de contrôles sur le développement industriel écologiquement non durable des pays riches? Finalement, on aborde la question de l'intérêt de chacun pour la survie de l'humanité et l'habitabilité de la planète.

Mot-clés: Mondialisation, Souveraineté, Ordre International, Crimes Système, Carta di Algeri des droits des peuples.

摘要: 摘要:本文的目的是谴责全球模式的影响不成比例地扩大之间的紧张关系,这种模式带来了世界上弱势群体的致命情境的大规模化。同样,将犯罪作为一个受限制的术语进行审查,并限于不正常的行为,将类别扩大到系统犯罪,描述产生易于侵犯这些人民人权的情况的国际活动主体。提交人想知道为什么我们应该在人道主义灾难中将所有人的大规模侵犯人权行为称为一贯的?我们应该如何根据自由权利的宪法和国际信件以及构成我们条例的社会权利,对数百万因饥饿,口渴和疾病造成的死亡,以及指数增长的受害者的资格进行限定。不平等和贫困?我们应该如何合法地配置成千上万的人,他们被迫逃脱最强国家政策所造成的战争和苦难,他们甚至在

极大的冒险中丧生，或者在抵达我们国家时他们是否因为身份不同而遭遇排斥和种族主义压迫？此外，我们应该如何在法律层面上设想由贫穷国家的人民所遭受的环境破坏，这种破坏是由于对富国的生态上不可持续的工业发展缺乏限制和控制而产生的？最后，它解决了每个人对人类生存和地球可居住性感兴趣的问题。

关键字: 关键字: 全球化, 主权, 国际秩序, 制度犯罪, Carta di Algeri 的人民权利

I. La decadencia del paradigma constitucional a nivel internacional

En todo el Occidente capitalista estamos asistiendo a un triunfo de las derechas y a un vistoso proceso deconstituyente del derecho internacional. En estos años se ha producido la decadencia y, quizás, el ocaso, del proyecto de refundación constitucional del orden internacional sobre la base de los principios de la paz y de la garantía de los derechos fundamentales, establecidos en la Carta de la ONU y en tantas otras cartas y declaraciones de derechos. Uno de los factores de esta decadencia es el resurgimiento de los nacionalismos –aquellos que, en su versión populista, son denominados “soberanismos”–, que han demostrado ser, más allá de su aparente oposición, los aliados más firmes del liberalismo actual. En efecto, son los actuales populismos soberanistas los que se oponen a la puesta en marcha del proyecto de constitucionalización del orden internacional. Defendiendo una pérdida –y ya ilusoria– soberanía nacional, ellos son los principales adversarios de la construcción de una esfera pública supranacional, al menos europea, y del desarrollo de un constitucionalismo global que esté a la altura de esos nuevos soberanos absolutos, invisibles e irresponsables, en que se han transformado los *mercados*.

La estipulación, en cartas y convenciones internacionales, de los principios de igualdad y de dignidad de las personas y de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales, requería de la construcción de una esfera pública

que estuviera a la altura de los poderes salvajes del mercado global, es decir, requería de acuerdos de actuación a través de la introducción de las garantías respectivas: prohibiciones de lesión de los derechos de libertad, obligaciones de prestación (impuestas por los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia) y garantías jurisdiccionales contra las violaciones de unas y otras. En efecto, a diferencia de lo que sucede con los derechos patrimoniales, las garantías de los derechos fundamentales no se producen de manera simultánea con su declaración, sino que requieren de la construcción –por parte de la política– de sus garantías y de las respectivas funciones e instituciones de garantía. Salvo la institución de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, a la cual, de todos modos, no han adherido las potencias más grandes, poco o nada se ha hecho. De esta manera, progresivamente se fue empañando la memoria de los “nunca más” que en el trienio 1945-1948 se opusieron a los horrores de los totalitarismos y las guerras.

Estas enormes violaciones a los derechos fundamentales son, principalmente, producto de la actual globalización, la cual ha alcanzado a los mercados y a la economía pero no a la política ni al derecho. A aquélla le siguió la asimetría entre el carácter global de la economía y las finanzas y el carácter aún estatal de la política y el derecho y, consiguientemente, el vuelco de la relación entre política y economía, en virtud del cual ya no son los gobiernos ni los parlamentos los que dictan las reglas de la economía, sino al revés. Así, se entiende hasta qué punto la ausencia de una esfera pública que esté en condiciones de imponer límites, vínculos y controles a los mercados, ha determinado la soberanía tendencialmente absoluta de los poderes económicos y financieros y el carácter sistémico y, al mismo tiempo, masivo de las consiguientes violaciones de los derechos humanos, cuyo rasgo característico consiste en el hecho de que sus víctimas ya no son individuos singularmente determinados, sino, más bien, pueblos enteros y, en algunos casos, como en las agresiones al ambiente, la humanidad toda.

Le debemos a Lelio Basso la formulación, en la Carta di Algeri de los derechos de los pueblos, promovida por el nombrado el 4 de julio de 1976, del nexo de recíproca implicación existente entre derechos de cada uno y derechos de todos, entre derechos de las personas y derechos de los pueblos. “El respeto de los derechos del hombre”, afirma el preámbulo de la Carta di Algeri, “implica el respeto de los derechos de los pueblos”. Es un nexo que hoy es todavía más actual y evidente que en los años Setenta. En efecto, nunca como hoy, en la era de la globalización, los derechos de cada uno se han encontrado tan amenazados y anulados por las agresiones cometidas contra los derechos de pueblos enteros, provenientes de esos soberanos globales y salvajes que son los mercados. Y nunca como hoy la garantía y defensa de los derechos de los pueblos constituyó la principal condición de efectividad de los derechos individuales de las personas.

Naturalmente, en los cuarenta y dos años que han pasado desde que fue formulada la Carta di Algeri, el orden político y jurídico del planeta cambió profundamente. Hace ya un tiempo que, gracias a las luchas de liberación que se llevaban adelante precisamente en aquélla época, ha concluido el proceso de descolonización. Con el constitucionalismo rígido de la segunda posguerra y con la subordinación a la ley de aquel último residuo de gobierno de los hombres que había sido la omnipotencia de las mayorías parlamentarias, el paradigma del Estado de derecho se hallaba completo y perfeccionado. Pues bien, en el momento mismo en que, con el nacimiento de los nuevos Estados post-coloniales, fue exportado a todo el mundo, el Estado soberano e independiente perdió gran parte de sus poderes y mostró ser, a causa del carácter solo nacional de sus esferas públicas, directamente funcional a la soberanía global de los mercados. No desaparecieron, sino que solo cambiaron, las “formas de imperialismo” y de “opresión” de los pueblos a las que hace referencia la Carta de Algeri en su preámbulo. Las desigualdades, opresiones y violencias sobre los pueblos y los crímenes contra la humanidad no disminuyeron en absoluto.

Al contrario, a despecho de la igualdad en los derechos proclamada en las cartas y pactos internacionales, las desigualdades en las condiciones concretas de vida alcanzaron, en estos años, dimensiones que no tienen precedentes en la historia y que continúan creciendo de manera exponencial. Elena Granaglia ha expuesto los datos terribles de las desigualdades y de su crecimiento exponencial: los pobres son cada vez más pobres y los ricos son cada vez más ricos. Piénsese solo en el dato más escandaloso, extraído del Reporte OXFAM de 2017: las ocho personas más ricas del mundo tienen una riqueza igual a la que posee la mitad más pobre de la población mundial, es decir tres mil quinientos millones de personas. Lo que es más alarmante es el hecho de que el número de esos multimillonarios se ha reducido enormemente en pocos años: eran 62 en 2016, 85 en 2014, 258 en 2005. Gracias a la crisis económica, de la que se han beneficiado ampliamente, estos super-ricos aumentaron su riqueza en los últimos siete años un 44 %, mientras que la de la mitad más pobre del mundo disminuyó un 41 %. Consiguientemente, la movilidad social no se bloqueó, sino que cambió su dirección: ya no es desde abajo hacia arriba, sino desde abajo hacia condiciones salariales y de vida todavía más bajas.

Por lo tanto, no han disminuido las opresiones y las violaciones de los derechos de los pueblos; las que han cambiado y se volvieron todavía más extensivas y voraces, son las formas del dominio y la opresión. El dominio político del “imperialismo”, evocado en el preámbulo de la Carta de Algeri, fue sustituido por el dominio económico del mercado en la globalización actual. El viejo colonialismo, consistente en el sometimiento material y militar de los pueblos más débiles, fue sustituido por un neo-colonialismo de tipo económico y financiero y por la subordinación de todos los pueblos a una suerte de nueva soberanía, impersonal y privada, de los aludidos mercados. Los viejos golpes de estado militar fueron reemplazados por las disgregaciones de las subjetividades colectivas, la pasivización de los electores –movilizados contra el diverso, como lo es típicamente el inmigrante– y las autocracias electivas,

como las denominó Michelangelo Bovero, en las que se han transformado las democracias representativas. Mientras tanto, a la finalización de la guerra fría entre bloques contrapuestos le ha seguido, en este último cuarto de siglo, el retorno de la guerra caliente como instrumento de solución de los problemas internacionales. Finalmente, las migraciones actuales nos colocan frente a una doble violación masiva de los derechos humanos, producida por otras tantas políticas de muerte: las masas de desesperados que huyen de la miseria, el hambre y los trastornos climáticos provocados por las políticas y por el desarrollo industrial de los países ricos, se encuentran luego en estos mismos países con prácticas de exclusión, opresión y discriminación ejecutadas por las políticas xenófobas y racistas de nuestros gobiernos. En suma, la distancia entre el “deber ser” diseñado por las cartas de los derechos y el “ser” efectivo del derecho internacional se ha agrandado vistosamente.

II. Crímenes de sistema

Frente a esta creciente distancia, se presenta una cuestión teórica de fondo, que ya afrontamos en ocasión del congreso realizado dos años atrás, a propósito de los cuarenta años de la Carta di Algeri, pero que, me parece, amerita una ulterior profundización. La cuestión se refiere al estatuto jurídico de tal distancia. Son dos las preguntas que, al respecto, cabe formular.

La primera serie de preguntas, de carácter teórico, es la siguiente: ¿cómo debemos llamar a las violaciones masivas de los derechos humanos, consistentes, todas ellas, en catástrofes humanitarias? ¿Cómo debemos calificar, sobre la base de las cartas constitucionales e internacionales de los derechos de libertad y de los derechos sociales que integran nuestros ordenamientos, a los millones de muertos a causa del hambre, la sed y las enfermedades, víctimas del crecimiento exponencial de la desigualdad y la pobreza? ¿Cómo debemos configurar jurídicamente a las cientos de miles de personas que son constreñidas a escapar de las guerras y la miseria provocadas por

las políticas de los países más fuertes, que hasta pierden la vida en sus tremendas odiseas o que, al arribar a nuestros países, se topan con la exclusión y la opresión racista solo por sus identidades diferentes? Más aún: ¿cómo debemos concebir, en el plano jurídico, a las devastaciones ambientales que sufren, sobre todo, las poblaciones de los países pobres y que son producidas por la ausencia de límites y controles sobre el desarrollo industrial ecológicamente insostenible de los países ricos?

Ciertamente, estas catástrofes no son configurables como crímenes en sentido penal. Al igual que sus víctimas, identificables con pueblos enteros o incluso con la humanidad toda, sus autores tampoco son identificables con personas singularmente determinadas, sino más bien con los mecanismos del sistema económico y político. Además, al igual que lo que sucede con los efectos catastróficos masivos, no identificables en eventos dañosos singulares y determinados, tampoco las acciones –ellas también masivas– son identificables en comportamientos determinados, de modo que pudieran ser prefiguradas como delictivas, pues conforman conjuntos complejos de actividades políticas y económicas realizadas por una pluralidad indeterminada y no determinable de sujetos. En pocas palabras, se trata de agresiones a los derechos de las personas que no pueden ser enfrentadas con los principios garantistas del derecho penal: ni con el principio de la responsabilidad personal, ni con el principio de legalidad ni con el de certeza de los tipos penales.

Sin embargo, estas catástrofes, que equivalen a enormes violaciones de los derechos fundamentales estipulados en las cartas nacionales y supranacionales, no son fenómenos naturales: no lo son los millones de muertos por hambre, sed y enfermedades no curadas; no lo son los cataclismos ni las devastaciones ambientales provocadas por el actual desarrollo industrial ecológicamente insostenible; tampoco lo son las omisiones de auxilio que cada año se cobran como víctimas a miles de inmigrantes que intentan ingresar a nuestros países. Estas catástrofes tampoco son simples injusticias. Son, en cambio, violaciones gravísimas de los derechos humanos sancionados

en varias cartas constitucionales e internacionales, cometidas a través de agresiones a pueblos enteros y sus derechos.

Se presenta entonces la segunda serie de preguntas, de carácter meta-teórico. Ante todo, debemos preguntarnos si resulta admisible que la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público ignoren o, en todo caso, se muestren desinteresados por estas atrocidades, para nada naturales sino provocadas por el actual anarco-capitalismo global. Debemos preguntarnos si la criminología y el debate político pueden hoy desinteresarse de estas agresiones a los derechos humanos y a los bienes fundamentales, que contrastan con nuestras cartas constitucionales e internacionales y que, por otro lado, en caso de no ser enfrentadas por el derecho y la política a través de la introducción de límites y garantías idóneas y de las funciones e instituciones de garantía conexas, pueden terminar por anular todas nuestras conquistas de civilidad y provocar, más temprano que tarde, la destrucción de la convivencia pacífica y la habitabilidad misma del planeta.

Creo que una respuesta racional a ambas cuestiones requiere de una actualización y una refundación de las categorías teóricas con las que leemos e interpretamos la realidad. Al respecto, se presentan una cuestión teórica y otra epistemológica, ambas de fondo: la primera se refiere a la noción de “crimen”; la segunda tiene que ver con el rol científico y explicativo de la criminología y, por otro lado, de la ciencia jurídica. Está claro que la palabra “crimen” reviste una fuerte capacidad de estigmatización moral, social y política. Pues bien, la criminología tradicional y el debate público siempre han sido subalternos al derecho penal, habiendo concebido y tematizado como “crímenes” únicamente a los comportamientos desviados previstos como delitos por el derecho penal. De este modo, tanto las ciencias jurídicas y sociales como el debate público han desarrollado y continúan desarrollando un doble efecto de legitimación ideológica: por un lado, la descalificación, como injustos y moralmente reprobables, únicamente de los hechos previstos como delitos por nuestros sistemas penales y, por el

otro, la legitimación como justos, o al menos como permitidos y no injustos, de todos los hechos no configurados como delitos. Así, se ha producido, sobre todo en estos últimos años, un singular acomodamiento –en el debate público y en el sentido común– del juicio jurídico, político y moral únicamente a los parámetros ofrecidos por el derecho penal. Solo los hechos previstos y juzgados como delictivos, es decir como crímenes en sentido penal, suscitan la indignación y estigmatización moral y política. Todo lo que no está prohibido como delito está concebido como permitido. De esta manera, fenómenos incomparablemente más graves y catastróficos que los delitos, tales como los que he recordado más arriba, justamente porque no son tratados ni son tratables penalmente, resultan tolerados con resignación o, peor aún, con indiferencia.

La emancipación y la autonomía científica de la criminología y de la ciencia jurídica y, más aún, la autonomía política del debate público, requieren, al contrario, que la previsión de un hecho como delito no sea considerada ni una condición necesaria ni una condición suficiente de su calificación como “crimen”. Obviamente no puede ser considerada una condición suficiente –como, ciertamente, jamás la consideró ni siquiera la criminología tradicional–, si tenemos en cuenta que no se pueden concebir como crímenes muchísimos delitos, como los de opinión, las contravenciones y las violaciones del derecho penal burocrático que hoy produce la inflación de la legislación penal. Pero, sobre todo, la previsión de un hecho como delito no puede ser considerada una condición necesaria de su calificación como crimen. Una criminología científica no subalterna a las contingentes elecciones legislativas de política penal, debe concebir como “crímenes”, además de a los comportamientos más graves castigados como delitos por el derecho penal, también a los hechos políticos, económicos y sociales que, aun cuando no reconducibles a la responsabilidad penal de personas singulares, están de todos modos en contraste con elementales principios constitucionales formulados en las cartas y convenciones sobre derechos fundamentales que integran nuestros

ordenamientos. En pocas palabras, estos hechos ingresan en la fenomenología del ilícito jurídico, aunque no del ilícito penal.

Con esto, retomo y aclaro la propuesta que presenté en ocasión del congreso antes recordado del 4 de julio de 2016, de introducir, en nuestro léxico jurídico, una noción de *crimen* bastante más amplia que aquella de *crimen penal*. Se trata de colmar una laguna presente en nuestro léxico-jurídico, es decir de dar un nombre a esa otra clase de grandes violaciones de derechos y bienes fundamentales consagrados en las cartas constitucionales o internacionales y que, sin embargo, no consisten, como ocurre con los crímenes penales, en actos individuales productores de eventos dañosos exactamente determinados por la ley e imputables a la responsabilidad de personas también determinadas. La propuesta consiste en incluir, en la noción de “crimen”, también a esta clase de violaciones jurídicas, no menos –e, incluso, generalmente más– graves que aquellas violaciones que son perseguidas por el derecho penal: se trata de aquellas que propongo denominar *crímenes de sistema* y que consisten en agresiones y violaciones de los derechos de los pueblos cometidas a través del ejercicio descontrolado de los poderes globales –políticos, económicos y financieros– y del desarrollo anárquico del capitalismo.

No se trata, obviamente, de los “crímenes de los poderosos”, que son siempre crímenes penales, cuya gravedad y tendencial impunidad han sido objeto de investigación en una abundante literatura de criminología crítica. Tampoco se trata de los “crímenes de Estado” o de los “crímenes contra la humanidad”, también tratados por el derecho penal internacional luego de esa gran conquista que fue la institución de la Corte Penal Internacional. Los crímenes de sistema, al consistir en violaciones masivas de derechos humanos constitucionalmente establecidos, son seguramente reconducibles a la fenomenología del ilícito jurídico. Sin embargo, no son ilícitos penales, pues carecen de los elementos constitutivos del delito. Sus rasgos distintivos –esto es, aquellos que, empleando la terminología penal, podríamos denominar sus elementos constitutivos– son

dos: el carácter indeterminado o indeterminable tanto de la acción como del evento, generalmente catastrófico, y el carácter indeterminado y pluri-subjetivo tanto de los autores como de las víctimas, consistentes estas últimas, por lo general, en pueblos enteros o, peor aún, la humanidad toda.

De esta manera, resulta evidente que el reconocimiento como crímenes de sistema de las enormes violaciones de los derechos antes recordadas, cuyas víctimas son tendencialmente pueblos enteros o toda la humanidad, conlleva una ampliación no solo de la esfera de competencia de las jurisdicciones de opinión –como es aquella de nuestro Tribunal permanente de los pueblos– sino también del campo de indagación de las disciplinas ius-internacionalistas. Entre otras cosas, tal reconocimiento debería sugerir la institución de una jurisdicción internacional con poderes de comprobación de los ilícitos, aun cuando careciera del poder de aplicar una sanción. En efecto, la enormidad de estos crímenes de sistema impone a la criminología, la ciencia jurídica, el debate político e incluso a las instituciones internacionales, una emancipación respecto de la subalternidad al derecho penal y de los filtros selectivos y justamente garantistas que identifican a los crímenes penales. Ha sido por causa de esta subalternidad al derecho penal que la criminología tradicional y el debate público terminaron por ignorar, junto a los crímenes de sistema, las responsabilidades políticas, económicas y sociales por los daños provocados por aquéllos a pueblos enteros y, a largo plazo, a toda la humanidad. Es solo porque tales crímenes no son tratados ni pueden ser tratables por la justicia penal (la cual se encuentra atada a los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la certeza de los tipos penales), que ellos no generan un escándalo, sino, más bien, la aceptación acrítica –la actual banalización del mal– como si fuesen fenómenos naturales e inevitables. Por esto, la condición prejudicial para afrontar y prevenir estas violaciones es que sean percibidas socialmente como “crímenes”, ya no más tolerables por la consciencia civil del mundo: precisamente, como “crímenes de sistema”, para evidenciar su carácter humano e ilícito en cuanto

contrastan con todos los valores de nuestra civilidad jurídica y, a la vez, para imputarlas a las responsabilidades no penales sino, antes bien, políticas y morales de quienes podrían, gracias a la proyección y a la introducción de garantías de derecho internacional adecuadas, impedir las o, al menos, reducirlas.

Tomemos las leyes y las prácticas adoptadas en Italia, como en muchos otros países, contra la inmigración clandestina. Leyes y prácticas de este tipo son responsables de la silenciosa masacre producida por los rechazos que, en las fronteras, se producen contra los inmigrantes clandestinos. Se trata de varios miles de víctimas, completamente removidas de nuestra conciencia: más de treinta mil personas en los últimos quince años. Es claro que estas masacres no pueden ser consideradas desastres naturales, sino crímenes de sistema, aun cuando generalmente no resulten punibles como delito las políticas y las leyes que las provocan. Solo así puede, por un lado, desarrollarse la conciencia acerca de su contradicción con todos nuestros valores de civilidad y, por el otro, madurar, en el sentido común y en el debate público, la necesidad de impedir la comisión de aquéllas, por ilícitas.

El mismo discurso puede realizarse respecto de los millones de muertos cada año por hambre, sed, enfermedades y devastaciones ambientales. Hoy, más de ochocientos millones de personas sufren el hambre y la sed y cerca de dos mil millones se enferman sin posibilidad de curarse. La consecuencia es que cada año mueren cerca de ocho millones de personas –veinticuatro mil por día–, en gran parte niños, por la falta de agua potable y de alimentación de base, a causa de la escasez y de las contaminaciones. Todavía más dramática es la situación de la salud. En efecto, otros tantos millones de personas mueren cada año por falta de fármacos salva-vidas: víctimas del mercado más que de las enfermedades, pues los remedios que pueden curarlas son patentados y se vuelven inaccesibles o, peor todavía, se dejan de producir o de distribuir por falta de demanda en los países ricos en los que las enfermedades –tuberculosis, malaria, infecciones respiratorias, sida– han sido erradicadas y prácticamente han desaparecido.

Tampoco estas tragedias son catástrofes naturales, sino el resultado de crímenes de sistema imputables a los poderes salvajes del mercado, a pesar de que no resulte aplicable ni sea concebible –no obstante los daños incalculables que provocan– ninguna figura delictiva. En efecto, se trata de una gigantesca omisión de auxilio a poblaciones enteras: por ende, se trata de un doble crimen, consistente, en primer lugar, en las catástrofes producidas y, luego, en la falta de auxilio a las personas y poblaciones golpeadas. Pero está claro que, sin la estigmatización de estos fenómenos como “crímenes de sistema”, resulta ilusorio que pueda madurar, en el debate público, algún apoyo a las propuestas de políticas dirigidas a impedirlos.

Finalmente, piénsese en la producción y en el mercado de las armas, responsables de gran parte de los cuatrocientos cincuenta mil homicidios que ocurren cada año en el mundo, de los varios cientos de miles de suicidios e incidentes mortales y de los cerca de dos millones de muertes por año en las guerras que infestan el planeta. Bastaría prohibir las armas –su tenencia, su comercialización y su producción– para concretar, con el monopolio público de la fuerza, el pasaje del estado de naturaleza a la sociedad civil teorizado hace más de tres siglos por Thomas Hobbes y, de este modo, poner fin a esta tragedia, de la cual solo se benefician los fabricantes de armas y la clase política confabulada con –y corrompida por– aquéllos.

III. Las posibles alternativas a la crisis del derecho internacional

Llegados a este punto, debemos preguntarnos: ¿qué rol pueden desempeñar el derecho y, antes aún, la política, para afrontar estos crímenes de sistema, los cuales marcan un vacío ya no de derecho penal sino directamente de derecho? La primera condición de una respuesta no renunciataria a esta pregunta es el rechazo de la idea –repetida durante estos años por los gobernantes y por quienes los apoyan– de que no existen alternativas a la actual situación. Esta es una tesis claramente

ideológica de legitimación de los órdenes existentes. En efecto, no es cierto que no haya alternativas a las actuales políticas. Las alternativas están y consisten, precisamente, en la puesta en marcha –a través de una refundación de la política y la introducción de garantías idóneas– del proyecto de un derecho internacional basado en la paz y en los derechos fundamentales, diseñado por la Carta de la ONU y por las tantas cartas internacionales sobre derechos humanos.

La primera alternativa es la reactivación, desde abajo, de la política y la democracia. Esta es una indicación que también está sugerida en un artículo de nuestra Constitución, que se debe, junto al art. 3 primer apartado, a la obra constituyente de Lelio Basso: se trata del artículo 49, según el cual los ciudadanos “tienen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir, a través del método democrático, a determinar la política nacional”. Esta norma nos dice dos cosas. La primera es que la democracia política no consiste simplemente en el consenso o, peor, en el menor disenso respecto de esta o aquella fuerza política, expresado por los ciudadanos en el momento del voto, sino, antes bien, en el hecho de que los ciudadanos “concurran” activamente “a determinar la política nacional”. La segunda es que esta participación activa de los ciudadanos en la determinación de la política nacional es posible solo a través de los “partidos”, que no son simples máquinas electorales, sino lugares sociales radicados en el territorio, en los cuales, con método democrático, se forma la voluntad popular y se deciden las candidaturas de los representantes y a los cuales estos son llamados a responder por sus acciones. Es sobre la base de estas dos indicaciones que varias veces he propuesto una reforma radical o, al menos, una auto-reforma de los partidos, basada, además de sobre las garantías de la democracia interna, sobre la separación entre representantes y representados, como condición de la misma relación de representación y de responsabilidad política.

La segunda alternativa consiste en la ampliación del paradigma constitucional más allá del Estado, esto es, en su

expansión en una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo social* –junto con el constitucionalismo liberal– a través de la garantía de los derechos sociales y, por ello, como alternativa a las formas burocráticas y paternalistas del Estado social actual; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, como sistema de límites y vínculos a los actuales poderes salvajes de los mercados, junto al constitucionalismo de derecho público como sistema de límites a los poderes públicos; hacia un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, desde los bienes comunes hasta los fármacos salva-vidas y a la alimentación básica, junto con el constitucionalismo de los derechos fundamentales; hacia un *constitucionalismo supranacional* o de derecho internacional, junto con el estatal. Son cuatro expansiones que dicta la lógica misma del constitucionalismo, cuya historia es la de una progresiva ampliación de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del Ochocientos, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información, al agua y a la alimentación, que hoy son reivindicados pero que no están todos constitucionalizados. Se ha tratado de una historia social y política, antes que teórica, pues ninguno de estos derechos vino desde arriba, sino que todos fueron conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, luego los movimientos del Ochocientos en Europa a favor de los estatutos, después la lucha de liberación antifascista de la cual nacieron las actuales constituciones rígidas y, finalmente, las luchas operarias, feministas, ecologistas y pacifistas del siglo pasado.

Es difícil prever si una ampliación semejante del constitucionalismo y de la democracia logrará desarrollarse o si continuarán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos. Los obstáculos para tal expansión lo constituyen, además de los poderosos intereses económicos que se oponen a ella, ciertas aporías de la democracia que han surgido con la actual globalización. Las democracias representativas de

nuestros países nacieron y permanecen aún ancladas a los Estados nacionales. Por ello, están vinculadas a los tiempos breves, brevísimos, de las competencias electorales o, peor aún, de las encuestas, y a los espacios estrechos de los territorios nacionales: tiempos breves y espacios angostos que, evidentemente, impiden a los gobiernos estatales desarrollar políticas que estén a la altura de los desafíos y problemas globales. De este modo, aquellos que he denominado “crímenes de sistema” y que amenazan al futuro de la humanidad –el hambre, las enfermedades no curadas, las posibles explosiones nucleares, las devastaciones ambientales– son ignorados por la opinión pública y por los gobiernos nacionales y no ingresan en la agenda política, la cual está completamente atada a los estrechos horizontes nacionales diseñados por los eventos electorales. Hay luego una tercera aporía que afecta a nuestras democracias. De manera simultánea a la pérdida de soberanía de los Estados, sustituida por la soberanía invisible e irresponsable de los mercados, en nuestros países están tomando la delantera los movimientos populistas –euro-escépticos, xenófobos, soberanistas y nacionalistas– que, mientras se oponen solo demagógicamente a aquellos nuevos soberanos globales, resultan, en los hechos –tal como he indicado al comienzo–, sus principales aliados, pues se oponen a la única política que se encontraría en condiciones de enfrentarlos: la construcción de una esfera pública a su altura, al menos europea y con perspectiva global, capaz de imponerles reglas, límites y controles.

Esta es, precisamente, la única respuesta racional que la política y el derecho pueden ofrecer a los crímenes de sistema y a la consiguiente crisis de nuestras democracias. Hay dos cosas que son ciertas. La primera se refiere a la alternativa ante la cual se colocó a la humanidad. Hoy, o se va hacia adelante en el proceso constituyente, primero europeo y luego global, sobre la base de la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos, o se va hacia atrás, de manera brutal y radical. O se apunta a la integración constitucional y a la unificación política de Europa, quizás a través de una Asamblea constituyente europea, o se

produce una disgregación de la Unión y un quiebre de nuestras economías y democracias, a favor de los tantos populismos que están creciendo en todos los países miembros. O se imponen límites, en el interés de todos, al desarrollo desregulado y salvaje del capitalismo global, o se va en sentido contrario, hacia un futuro de crímenes de sistema todavía más catastróficos: a devastaciones ambientales como consecuencia de un desarrollo industrial económicamente insostenible; a la amenaza y auto-destrucción nuclear de un mundo ya repleto de armas incomparablemente más mortíferas que las de cualquier época anterior; al crecimiento exponencial de la desigualdad, la miseria y el hambre, así como también del crimen organizado y del terrorismo. Cabe añadir que, a diferencia de todas las tragedias pasadas de la historia del hombre, las catástrofes producidas por estos crímenes de sistema son en gran parte irreversibles. Por primera vez en la historia existe el peligro de que, cuando se adquiriera conciencia de la necesidad de cambiar el rumbo y de hacer frente a tales crímenes, sea demasiado tarde. En pocas palabras, podríamos no llegar a tiempo para formular los nuevos “nunca más”.

La segunda certeza se refiere al carácter para nada utópico, sino, al contrario, racional y realista, del proyecto constitucional diseñado por las cartas de los derechos producidas por el constitucionalismo del Novecientos. “La pobreza en el mundo”, escribió Thomas Pogge, “es mucho más grande, pero también mucho más pequeña de cuanto nos imaginamos... Su eliminación no requeriría más del 1 % del producto global”: precisamente, el 1,13 % del producto bruto interno del mundo, cerca de 500 mil millones de dólares al año, mucho menos que el presupuesto anual para defensa de los Estados Unidos. Por otro lado, hay una gran novedad, positiva, que se generó por la necesidad de proteger a los derechos y bienes fundamentales de los crímenes de sistema y que permite mantener una cuota de optimismo: me refiero a la interdependencia creciente entre todos los pueblos de la tierra, la cual resulta idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres

humanos y para refundar la política como política interna del mundo, basada en la existencia –por primera vez en la historia– de un interés público y general mucho más amplio y vital que todos los intereses públicos del pasado: el interés de todos en la supervivencia de la humanidad y en la habitabilidad del planeta, asegurado por límites impuestos a cualquier poder, político y económico, para la garantía de los bienes comunes y de los derechos fundamentales de todos. La alternativa, debemos saberlo, es un futuro de regresión global, signado por el crecimiento de las desigualdades, los cataclismos, los racismos y los miedos y, junto con ellos, la violencia, las guerras, los terrorismos y la inseguridad general.

Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (primera parte). Bases históricas de la Constitución y el Constitucionalismo¹

*On the constitutional law and its foundations
(First part). Historical bases of the Constitution
and the Constitutionalism*

*Sobre o direito constitucional e seus fundamentos
(primeira parte). Bases históricas da Constituição
e Constitucionalismo*

*Sur droit constitutionnel et ses fondements
(première partie). Bases historiques de la
constitution et du constitutionnalisme*

论宪法及其基础(第一部分). 宪法与宪政的历史基础

Miguel Revenga Sánchez² | Universidad de Cádiz

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 48-104

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e300>

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

Recibido: 01/07/2019

Aprobado: 01/08/2019

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

¹ El presente trabajo es el primero de una serie de tres que aparecerán publicados con carácter sucesivo en los siguientes números de 13 y 14, respectivamente, de REDEA.

² Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Cádiz.

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

Palabras clave: Constitución. Derecho Constitucional. Enseñanza.

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

Keywords: Constitution. Constitutional right. Teaching.

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

Palavras-chave: Constituição Direito constitucional. Ensino.

Résumé: Dans cet ouvrage sur les fondements du droit constitutionnel, sauvant le fondement historique de la constitution et du constitutionnalisme, l'auteur affirme que, dans l'enseignement et l'étude du sujet, le constitutionnaliste doit s'efforcer d'attirer l'attention de l'étudiant

sur les extrêmes suivants; a) que signifie la Constitution en tant que norme politique regroupant un ensemble d'idées et de conceptions qui permettent fonder un ordre de coexistence démocratique? b) qu'est-ce qui différencie, formellement et matériellement, la Constitution du reste des normes qui intègrent le système juridique et; et c) Quelles sont les techniques qui poursuivent l'efficace de l'influence que la Constitution devrait exercer sur le système juridique

Mot-clés: Constitution Droit constitutionnel. Enseignement

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

关键字: 关键字: 政治宪法, 宪法, 教学

I. Introducción

Hace ya bastantes años, cuando con ocasión del concurso a una plaza de profesor titular, me enfrenté a la tesitura de redactar un proyecto para la docencia en Derecho Constitucional, éste vivía un momento de transformación. Del añejo Derecho Político, las autoridades españolas en materia de enseñanza universitaria acababan de desgajar dos áreas de conocimiento que respondían básicamente a dos enfoques de la asignatura: sociológico-político el uno, centrado en la dinámica de despliegue de los procesos políticos; jurídico-formal el otro, con su punto de enfoque en las características de la Constitución como norma jurídica y en los problemas derivados de su aplicación y desarrollo.

Redacté entonces un proyecto que, releído al cabo de los años, produce cierta sensación de eclecticismo. Habiendo de concursar a una plaza del área de Derecho Constitucional, fui consciente de que la concepción de la asignatura sólo podía decantarse por el segundo de los enfoques señalados. Pero defendí, al mismo

tiempo, que muy pocas cosas podían entenderse en nuestra asignatura si se dejaba de lado el proceso político del que, en definitiva, dependía la efectividad de la Constitución.

Mi concepto del Derecho Constitucional, y la delimitación de los contornos del área de conocimiento, reivindicaban el sincretismo, aún a costa de reflejar buenas dosis de esquizofrenia metodológica. Era consciente de lo que había que enseñar - el sistema constitucional español, que acababa de sobrepasar por entonces los diez años de vida - pero me sentía incapaz de hacerlo sin el correspondiente arsenal de conocimientos de impronta sociológica (o politológica), que consideraba imprescindible para la cabal comprensión de las categorías y los conceptos constitucionales. Que calificara la querrela metodológica, entonces pujante entre nosotros (aunque el viejo Derecho Político se hubiese escindido ya de forma irremediable), como la “manifestación de un dualismo recurrente”, es la muestra más evidente de lo que a la sazón creía.

Mi posicionamiento estaba imbuido de la siguiente idea central: el Derecho Constitucional es ciencia incompleta, y aún huera, sin el influjo vivificador de categorías doctrinales tomadas (¡después de tanto tiempo!) de la Teoría del Estado de impronta germana. En ella, ciencia del derecho y teoría de los procesos políticos habrían encontrado cierto equilibrio acomodaticio, además de notable consistencia lógica. Lo que pretendía justificar era acaso lo injustificable: cuánta Teoría del Estado, llamémosla así, era necesaria para comprender el significado de la Constitución en su forma externa y en su proyección efectiva. Conceptos tales como *Estado*, *soberanía*, *poder constituyente* o *legitimidad*, por mencionar algunos, me parecían no ya centrales en mi consideración general de la asignatura, sino verdaderos puntos de partida para realizar una aproximación “científica” al Derecho Constitucional digna de tal nombre.

Bastantes años adicionales de dedicación exclusiva a la enseñanza e investigación en el campo del Derecho Constitucional han variado, cuando menos parcialmente, mi modo de ver las cosas. De tal variación adquiero plena conciencia

cuando me formulo lo que considero la pregunta clave para una correcta delimitación de los ámbitos de estudio relacionados con el Derecho Constitucional. La pregunta se refiere al lugar que debe ocupar dicha rama del saber jurídico en el conjunto de la formación de un estudiante de Derecho, y es susceptible de desdoblarse en una serie de cuestiones secundarias, cuyo planteamiento y respuesta deben actuar a modo de líneas directrices.

Simplificando un poco las cosas, podría decirse que el constitucionalista debe esforzarse por atraer la atención del alumno acerca los siguientes extremos:

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

Todo ello con una dificultad adicional a efectos docentes: la formación básica en Derecho Constitucional se aborda, por lo general, en los momentos iniciales de los estudios de Derecho, cuando el alumno se encuentra todavía lejos de estar familiarizado con los conceptos y las técnicas propias de la ciencia jurídica, lo que convierte muchas veces la enseñanza del Derecho Constitucional en una introducción, a secas, al ámbito de lo jurídico. La tarea del constitucionalista es entonces cualquier cosa menos fácil: no sólo habrá de realizar, en esos momentos iniciales de la vida universitaria del alumno, abundantes incursiones por la filosofía política y por la historia (y aún por la filosofía de la historia), para hacer inteligible el extremo *a)*, sino que además, y al objeto de hacerse entender en aquello que afecta a los extremos *b)* y *c)*, necesitará moverse cómodamente

en los terrenos, no siempre fáciles de transitar, de la teoría y los conceptos generales de la ciencia del Derecho.

Fuerza normativa de la Constitución y constitucionalismo

Tengo para mí que la fijación, con ribetes obsesivos, en favor de la inclusión de una Teoría del Estado que actuara a modo de exordio de los contenidos de nuestra asignatura propiamente dichos, era consecuencia de cierta actitud indecisa en cuanto al método. Una indecisión que venía acompañada de problemas relativos a la búsqueda de un espacio académico propio, como consecuencia de circunstancias históricas bien conocidas: la “huída” de una realidad en la que no tenían encaje posible las categorías constitucionales construidas en nuestro entorno sociopolítico, lo que llevaba a compensar el déficit de juridicidad - consecuencia del caudillismo autoritario que alentaba el sistema - con construcciones etéreas, que permitían dar cierto empaque teórico a la disciplina, echando tierra (como no fuera por la vía indirecta de la comparación) sobre las miserias y peculiaridades del régimen autoritario.

La Teoría del Estado explicada al modo decimonónico, según el modelo de los grandes tratadistas germanos (la célebre *línea* Gerber-Laband-Jellinek viene de inmediato a la cabeza), y el “institucionismo” de impronta franco-italiana, con Hauriou y Santi Romano como nombres de rigor, permitían dar apariencia de sistema, de “ciencia” incluso, al “universal comodín” sobre el que ironizara Don Nicolás Ramiro Rico, uno de los nombres ineludibles cuando se trata de reflexionar sobre el tortuoso devenir de nuestra disciplina durante el franquismo³.

Varias décadas de tradición académica no pasan en balde. La resistencia a abandonar viejos enfoques, vigente ya la Constitución de 1978, vino a llamar la atención acerca de la necesidad de asentar nuestra disciplina sobre bases más sólidas que las de la mera glosa positivista de los preceptos constitucionales,

³ Nicolás Ramiro Rico, *El animal ladino y otros Estudios políticos*, Madrid, Alianza, 1980.

aplicados e interpretados por los órganos jurisdiccionales, con el Tribunal Constitucional, en tanto que supremo intérprete, situado a la cabeza de ellos.

La conocida polémica metodológica de los primeros años 80 del pasado siglo entre los profesores Eduardo García de Enterría y Pablo Lucas Verdú podría aducirse como botón de muestra del momento en el que el Derecho Político experimentaba un proceso de decantación hacia el Derecho Constitucional, y el Derecho Constitucional se mostraba renuente a dejar de ser Político⁴. A uno y otro profesor debemos muchos de los que entonces comenzábamos a profundizar en el estudio de la asignatura la reafirmación de una curiosidad intelectual cuyos caminos se nos antojan hoy perfectamente complementarios: uno centrado en la tradición constitucional norteamericana, y orientado hacia la aplicación jurisdiccional de la Constitución; el otro, insistiendo en la dimensión cultural y valorativa de nuestra disciplina, con su punto de inflexión en las grandes aportaciones doctrinales de la Alemania de Weimar.

A más de treinta años de distancia, comparar la referida polémica con otros debates más recientes, como por ejemplo los relativos al instituto del amparo, la funcionalidad del Senado, o el cada vez más acuciante sobre la propia conveniencia de abrir la espita de la reforma constitucional, son un excelente indicio para calibrar la evolución del Derecho Constitucional en el seno de nuestra comunidad científica⁵.

⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; Madrid, Cívitas, 1981; Pablo Lucas Verdú, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La 'ideología constitucional' del profesor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político*, 13 (1981), pp. 7 y ss.; Eduardo García de Enterría, "El Derecho Constitucional como Derecho", *Revista de Derecho Político*, 15 (1982), pp. 7 y ss. Y más recientemente, véase, Pablo Lucas Verdú, "Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente?: Derecho Constitucional versus Derecho Político", *Teoría y Realidad Constitucional*, 3 (1999), pp. 55 y ss. Los ecos de la polémica aún resuenan en las respuestas a la Encuesta sobre la orientación del Derecho Constitucional que publicó la propia *Teoría y Realidad Constitucional*, 21 (2008).

⁵ Remito, por todos, a los trabajos de Peces Barba, Pérez Royo y Cascajo Castro, publicados en *Claves de Razón Práctica*, 138 (2003), con ocasión del vigésimo quinto aniversario de la Constitución española de 1978.

El Derecho Constitucional, digámoslo ya, puede quitarse de encima cualquier complejo que pudiera derivarse de hipotéticos déficits epistemológicos padecidos en el pasado. Bajo el influjo de una Constitución democrática que ya ha superado holgadamente las tres décadas de vida, bastantes miles de páginas de aportaciones doctrinales, y algunas decenas de tomos de jurisprudencia constitucional, atestiguan que en España el oficio de constitucionalista, y la ciencia del Derecho Constitucional, se integran en un sistema del todo equiparable al oficio y la ciencia cultivado, bajo el mismo nombre, allende nuestras fronteras, a este y a aquel lado del Atlántico. La razón es bien pedestre, pero basta por sí sola para quitar sentido al empeño de continuar explorando los supuestos arcanos del método. Una disciplina tan asentada como la nuestra no necesita proclamar, para convencer no se sabe a quién, que el Derecho Constitucional avanza por la senda del *cientifismo* gracias al empleo del método dicho jurídico. Porque teniendo, como tenemos, una Constitución normativa, ¿qué otra cosa, sino método jurídico, podría emplearse para afrontar los problemas planteados, *lege data* o *lege ferenda*, por una norma, todo lo peculiar que se quiera, pero norma al cabo, como la Constitución?

Hacer Derecho Constitucional con un mínimo de rigor científico no es cuestión de sincretismos metodológicos ni de mixturas, sino un problema de tomar en serio la “fuerza normativa de la Constitución” (según la feliz expresión de Konrad Hesse), extrayendo de ella las consecuencias que procedan. Esto resulta hoy una obviedad, pero conviene tenerlo presente cuando se trata de reflexionar sobre el núcleo de las concepciones que alumbran la propia visión de la asignatura, condicionando de manera decisiva la disposición de materiales de conocimiento en que cualquier programa, o plan para la acción docente, consiste.

La fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío. La normatividad constitucional presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de las prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el

Derecho - política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político - la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora del poder que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva.

Dicha dificultad, históricamente persistente, aún cuando el decurso del Estado constitucional haya caminado hacia una superación (siempre imperfecta y parcial) de la misma, es la que obliga a rastrear los momentos constitucionales del pasado. La idea presente de Constitución procede de ellos, como también tales momentos son hijos de circunstancias políticas que no deben olvidarse. El Derecho Constitucional y el concepto de Constitución que hoy profesamos se han ido haciendo sobre la base de afirmaciones y negaciones, de utopías que aspiraban a tomar cuerpo y resistencias que tomaban del pasado su capacidad de obstruir y “rebajar” en la práctica, hasta hacerlos irreconocibles, los elevados objetivos plasmados en el documento constitucional.

Todo ello necesita desde el punto de vista didáctico de una teoría que aporte, como lo hace cualquier teoría, cierta ilusión de coherencia, un hilo conductor capaz de revelar, con sus persistencias y discontinuidades, una lógica, fragmentaria y parcial si se quiere, pero lógica al fin, que haga inteligible la realidad presente - el Estado constitucional y democrático - desde la perspectiva de los avatares del pasado. Dicha teoría y dicha lógica, más que centrarse en el Estado - al fin y al cabo una mera forma de organización sometida, como lo apreciamos hoy espectacularmente, a la erosión del tiempo - debería ser construida, a nuestro juicio, desde el otro polo del binomio “Estado Constitucional”, es decir, desde la continuidad de ciertos rasgos culturales previos, sin duda más etéreos que aquella organización que tomó realidad corpórea al derrumbarse el mundo del medievo. Me refiero a la *idea de constitucionalismo*, una idea - ideología, si se quiere - que cuenta en su favor con la fascinación de lo simple: la limitación del poder para garantizar espacios de libertad,

y que probablemente por ello permite reconstruir, ordenar y unificar realidades históricas plurales, analizándolas bajo el prisma de un concepto de significado polivalente y cambiante, el de Constitución, y de una ideología, el constitucionalismo, cuya aspiración central es justamente llenar dicho concepto de una significación precisa.

En las páginas que siguen intentamos trazar un itinerario, de los muchos posibles, a través de los avatares de este concepto y de aquella idea. Y ello no con la intención de arrojar luz sobre el fondo de unas cuestiones sobre las que es difícil eludir la impresión de que ya está todo dicho, sino simplemente con el propósito de mostrar, haciendo explícita nuestra *personal selección del recorrido*, cuáles son los fundamentos o presupuestos de los que partimos a la hora de programar la enseñanza (y profundizar en el estudio) del Derecho Constitucional.

Gobierno limitado y Constitucionalismo *antiguo*

El término “constitucionalismo” comparte, como se ha dicho, idénticas características a las que son propias de muchos “ismos”: no tiene un significado claramente descriptivo ni prescriptivo; sus contornos no son fáciles de discernir, y sus raíces históricas son inciertas y de la más diversa naturaleza. Con tales observaciones genéricas comienza Casper su glosa del término para la *Encyclopedia of American Constitution*⁶. Walton Hamilton, un defensor del realismo jurídico y autor de la misma voz en una obra más clásica, la *Encyclopedia of the Social Sciences*, arranca, por su parte, con vena irónica: “constitucionalismo es el nombre con el cual designamos la confianza que los hombres depositan en el valor de unas palabras recogidas en un pergamino para limitar el poder de los gobernantes”⁷.

⁶ Gerhardt Casper, “Constitutionalism”, en L. Levy, K. Karst y D. Mahoney, (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Nueva York, MacMillan, 1986, vol 2, pp. 473 y ss.

⁷ Walton Hamilton, “Constitutionalism”, en E. A. Seligman et al. (eds.), *Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, MacMillan, 1931, pp. 255 y ss.

Uno y otro enfoque parecen ser deudores de puntos de vista distintos en torno al valor último de la idea constitucional. El primero da cuenta de la complejidad de la idea, y defiende la necesidad de mirar al pasado para alcanzar alguna certidumbre. El segundo opera mediante una simplificación reductora, y parece estar pensando exclusivamente en un significado prescriptivo de Constitución, entendida al estilo “de los modernos”.

Quizá una aproximación de naturaleza filosófica al vocablo “constitución” pueda tener alguna utilidad para seguir adelante. La voz “constitución”, nos dice Ferrater Mora en su magno *Diccionario de Filosofía*, arrastra significados muy diversos que, aunque centrados en la acción del fundar, oscilan entre la creación y la simple ordenación de lo dado. Ferrater se apoya extensamente en las ideas de Rudolf Carnap, el miembro del Círculo de Viena y autor de una *teoría de la constitución de los conceptos*, cuyo objetivo fue desbrozar el camino para superar la mencionada bifurcación de significados, entre “engendrar” y “ser conocido”. El hecho de constituir debe ser considerado, a juicio de Carnap, desde un punto de vista puramente neutral y utilizando un lenguaje neutral que no prejuzgue cuestiones de índole metafísica. “La finalidad de la teoría de la constitución - escribe Carnap - consiste en la edificación de un sistema de objetos (o conceptos) ordenados de acuerdo con diferentes grados; el orden gradual está determinado, a su vez, por el hecho de que los objetos de cada grado están constituidos a base de objetos del grado inferior”⁸. A este fin, prosigue Carnap, es preciso abordar cuatro problemas fundamentales:

- elegir un punto de partida, un primer grado sobre el que puedan fundarse los demás (problema de la base del sistema).
- determinar las formas recurrentes dentro de las cuales se realiza el paso de un grado al siguiente (problema de la forma gradual).

⁸ *Der logische Aufbau der Welt*, cit. en José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1979, vol. I, p. 610.

- investigar de qué modo son constituidos los objetos de diferentes especies por la aplicación gradual de las formas (problema de las formas objetivas).
- precisar la forma general del sistema (problema de la forma del sistema).

Con lo cual, apostilla el autor de *La construcción lógica del mundo, constituer equivale, en el fondo, a reducir*.

Es esta conclusión apodíctica la que nos interesa destacar a los efectos de poder sentar, muy someramente, alguna idea relativa a la supuesta impronta *constitucionalista* de las formas políticas del mundo clásico y del medioevo.

La polémica sobre la existencia de un hipotético constitucionalismo “antiguo” cobró cierto auge entre nosotros a propósito de la difusión del libro de Charles H. McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*. La traducción española, anunciada y esperada por espacio de años, contribuyó a poner sobre el tapete una serie de tópicos del pensamiento constitucional cuyo sentido evoca el que deja traslucir la célebre conferencia dictada en 1819 por Benjamin Constant, con el título *De la liberté des modernes comparée à celle des antiques*. En uno y otro caso, los autores operan por reducción buscando un fundamento último de los casos estudiados; fundamento que no responde a una lógica inmanente a éstos, sino que se *descubre* gracias a una interpretación trascendente del pasado que, desde el respectivo tiempo presente de ambos autores, viene a iluminarlo con las luces constitucionales⁹. Un constitucionalismo *moderno*, con Constitución escrita, como reducción racional o acto de voluntad plenamente consciente, propicia así la interpretación compendiada del pasado en clave constitucional.

En el mundo griego, verdadero vivero de lo que hoy llamaríamos una ingeniería constitucional pródiga en recursos, tres

⁹ Cfr. la Introducción, a cargo de Giovanni Paoletti, a Benjamin Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Turín, Einaudi, 2001, con un enjundioso Epílogo, “Perfil del liberalismo”, de Pier Paolo Portinaro.

nombres insignes vienen de inmediato a la cabeza. El primero es el de Solón, y su Carta para regir la ciudad-estado de Atenas. La tiranía como forma de gobierno, imperante en las diversas ciudades hasta los siglos VIII y VII a.C., y el predominio de la aristocracia, se ven allí atemperados mediante la creación de una asamblea del pueblo (*Ekklesia*), competente para la decisión de las cuestiones fundamentales, así como por la de un tribunal popular (*Heliaia*), llamado a dirimir los conflictos relativos a la forma en que se desempeñaban las funciones públicas.

El segundo de los nombres ineludibles a la hora de buscar precedentes remotos del empeño constitucionalista es el de Platón. Su Diálogo *El Político*, en efecto, ha sido a menudo presentado como la primera reflexión profunda sobre la relación entre el poder político y la ley. El tema central de dicho Diálogo es, como es sabido, el de las ventajas e inconvenientes de sujetar el poder mediante la operatividad de la ley. El gobierno limitado se presenta como una especie de forma indecisa - el puente con la crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo resulta evidente - en el que el principio de prevenir que el Gobierno haga demasiado mal es, al propio tiempo, la rémora que obstaculiza hacer el bien. ¿Conviene renunciar al bien para prevenir el mal, o es preferible someterse al mal para asegurar el bien? Consideraciones de este género son las que inducen a Platón a defender como forma perfecta de gobierno aquella fundada sobre la discreción del gobernante, y no sobre la ley. Su reivindicación del filósofo-rey, capaz de hacer de su arte una ley, viene a ser así el precedente más clásico del pensamiento político favorable a un poder regio fuerte y centralizado.

El nombre de Aristóteles completa, en fin, la tríada griega que queríamos traer a colación. Verdadero fundador de la ciencia de la política, la aportación del estagirita no es sólo fundamental en materia de formas de gobierno, sino además, en lo que a nosotros nos afecta, porque aporta una definición sumarásima de un término, el de *Politeia*, que comienza a traducirse, al menos desde el siglo XVIII, como constitución. “Una constitución - se lee en el Capítulo VI del Libro Tercero de *La*

Política - es la ordenación de las distintas magistraturas de la ciudad, y especialmente de la suprema”¹⁰.

Una definición ésta que es consecuente con lo que Sartori llama la “dimensión vertical de la política”, y en la que se echa clamorosamente en falta lo que el cristianismo, la Reforma, el racionalismo iusnaturalista y el iluminismo añadirían posteriormente: el valor de lo individual¹¹.

Desde la perspectiva constitucionalista, quizá el valor de las experiencias de la Roma republicana, y del Imperio, radica precisamente en el descubrimiento del protagonismo del individuo en la escena política. De la mano del estoicismo, el pensamiento político comienza, en efecto, a aclarar dos ideas y a entremezclarlas en un esquema común de valores: la idea de individuo como ejemplar único e irrepetible de la especie humana con vida personal y privada, y la idea de universalidad de una humanidad que alcanzaba a todo el mundo, y en la que todos los hombres estaban dotados de una naturaleza que compartían. En el nuevo universo conceptual, la igualdad deja de estar supeditada a la ciudadanía en el marco territorial de la ciudad-estado. La libertad dejará también de ser atributo de la ciudadanía para convertirse en elemento ontológico del ser humano.

En el pensamiento estoico, como expone Sabine, por encima de la diversidad de la costumbre, la ley superior de la razón debería ser común a todas las ciudades y su acatamiento vendría a evitar la oposición de las costumbres, aunque no su diversidad¹². Puede afirmarse así que la creación de un orden

¹⁰ Aristóteles, *La Política*, edición de Julio Pallí, Barcelona, Bruguera, 1974, p. 132.

¹¹ Cfr. Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1987, vol. 2 (“Los problemas clásicos”), Cpt.X (“La democracia griega y la democracia moderna”), donde es claro el influjo de Isaiah Berlin, sobre todo de *Two Concepts of Liberty*, con la diferenciación que, a su vez, está en la obra de Constant antes citada, entre la libertad negativa (la de los modernos, “hecha del pacífico goce de la independencia privada”) y la libertad positiva de los antiguos, “basada en la participación activa y constante en el poder colectivo”.

¹² Por si a alguien le extrañara la aparición, en este contexto, del libro de Sabine que enseguida citaré, no resisto el impulso de recordar aquí que tal libro lo fue de texto en la asignatura llamada entonces Derecho Político del primer Curso de la licenciatura, en la

jurídico mundial fue una de las pretensiones de los estoicos, en coherencia con su idea de una comunidad universal, sobre la base de la razón que es la ley de la naturaleza¹³. El *punte* con la actual aspiración cosmopolita, revivificadora de tales ideas por la vía del Kant de *La paz perpetua*, es también aquí evidente.

Los nombres de Polibio y Cicerón resultan inexcusables en esta sumarísima incursión por el pensamiento de interesada (por nuestra parte) impronta “constitucionalista”. El primero, verdadero mentor de la ciencia de la comparación, es célebre por su conocida teoría de la sucesión de las constituciones. Según él, las sociedades conocen necesariamente, entre cataclismos cíclicos en los que toda civilización resulta aniquilada, la siguiente evolución: la monarquía, estado inicial que se define por la adhesión natural al más fuerte, se transforma en realeza, que es una monarquía moralizada en la que el poder de un soberano justo se funda en la libre adhesión. La realeza degenera en tiranía cuando el rey cede al impulso de sus pasiones; la tiranía es destruida por la sublevación de los mejores, a quienes el pueblo, en recompensa, confía el poder, fundándose de esta forma una aristocracia que, debido a la intemperancia de las siguientes generaciones de aristócratas, se transforma en oligarquía. La rebelión popular da origen entonces a la democracia, devota de la libertad y la igualdad, pero la ambición de algunos (sobre todo de los ricos) corrompe al pueblo: crisis, luchas entre facciones, proscripciones y matanzas serán el inevitable corolario generador de la catástrofe cuyo resultado será la monarquía que reinicia el ciclo.

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid durante el “juliano” Año académico, que duró de enero a junio de 1974, siendo responsable del grupo, si mi memoria no me traiciona, el hoy catedrático en la Universidad Autónoma, Juan José Solozábal. Manejo ahora el mismo ejemplar, ya ajado, con el que descubrí entonces que el universo de lo político se componía de bastantes más cosas de lo que la casposa retórica del tardo-franquismo dejaba entrever.

¹³ George Sabine, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, Cpt. VIII (“El Derecho Natural”).

Como ya había visto Aristóteles, el gobierno ideal ha de basarse en una combinación de formas capaz de generar un equilibrio a través del juego de fuerzas contrarias. Según Polibio, legitimador de la expansión imperial, semejante ideal se habría alcanzado en Roma, cuya Constitución satisface la exigencia indicada. Los poderes de los cónsules hacían pensar en una realeza; los del Senado, en una aristocracia, y los del pueblo, a través de los comicios, en una democracia.

Cicerón, por su parte, comparte el sólitico entusiasmo por el gobierno mixto, pero el interés de su obra, a nuestros efectos, radica en la actualización de la doctrina estoica de un derecho natural *avant la lettre*, llevada a cabo por el mismo, y que alcanzaría notable influjo a lo largo de los siglos. Según Cicerón, hay un derecho natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por Dios, y de la naturaleza racional y social de los seres humanos que les hace afines a Dios. Este derecho universal es el mismo en todas partes y obliga mutuamente a todas las naciones. Ninguna legislación que lo infrinja merece el nombre de ley, porque ningún gobernante ni pueblo puede convertir lo injusto en justo, y viceversa¹⁴.

De aquella ley universal de la naturaleza surge la igualdad como una exigencia moral, aunque no exista de hecho y, del mismo modo, la con-ciudadanía en la que todos los hombres viven supone ciertos rasgos comunes entre ellos. Para Cicerón, esto no desemboca en una preferencia por la democracia: “la igualdad de derecho o la democracia es una quimera imposible, y los pueblos más enemigos de toda dominación y todo yugo han conferido los poderes más amplios a algunos de sus elegidos, fijándose con cuidado en la importancia de los rangos y en el mérito de los hombres”. Pero sí avala la exigencia de una dignidad común para todos los hombres, que incluye a los esclavos.

De ese axioma de la dignidad común se desprenden consideraciones fundamentales sobre la concepción, que pudiéramos

¹⁴ Cfr. Sabine, *Historia de la teoría política*, Cpt. IX (“Cicerón y los Jurisconsultos romanos”).

llamar *juridicista* del poder. Una República no puede perdurar, o lo hará en malas condiciones, a menos que se base en la conciencia de las obligaciones recíprocas y el mutuo reconocimiento de los derechos que vinculan a los ciudadanos entre sí, llevando a la práctica las consecuencias de esta conciencia. “Es la República - escribe - cosa del pueblo, considerando como tal no a todos los hombres de cualquier modo congregados, sino a la reunión que tiene su fundamento en el consentimiento jurídico y en la común utilidad (...). La libertad no puede existir verdaderamente sino allí donde el pueblo sabe mantener sus prerrogativas (...). Sólo entonces es la cosa pública cosa del pueblo”.

Con todas las salvedades relativas a un concepto de pueblo que poco tiene que ver con el que sustentará las doctrinas revolucionarias de la época contemporánea, quizá pueden presentarse tales postulados ciceronianos como la síntesis de la aportación romana al acervo del constitucionalismo antiguo. A semejanza de la *lex*, como contrato entre individuos privados, cuya fuerza radica en el consentimiento (*sponsio*) de los contratantes, la *lex publica* será presentada como un convenio de todos, conforme expresa el célebre brocardo *lex est communis reipublicae sponsio*.

El *sponsio*, como esencia misma del viejo contrato *inter privatos*, trasciende así el ámbito de lo privado, para erigirse en principio político fundamental, dando lugar a la imagen, en pugna con el absolutismo del príncipe, de que el *populus* es la fuente última de la autoridad política. Un autor como Corwin, interesado en rastrear los orígenes de la idea de *Higher Law* y su influencia en la construcción norteamericana de la *judicial review*, enfatiza la importancia de la obra de Cicerón, desde una doble perspectiva. En primer lugar, debido a la insistencia del filósofo romano en un derecho natural no necesitado de más intérprete que el propio individuo. De ahí se seguirá la presentación de la ley contraria a la Constitución como una ley inconstitucional *per se*, y no porque la autoridad conferida a los Tribunales así lo declare. En segundo término, por la descripción del juez, presente en *De legibus*, como “boca de la ley” (*magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum*

magistratum), una imagen persistente en los escritos de Coke o Montesquieu, que continúa deslumbrándonos¹⁵.

Las representaciones políticas de la Edad Media aparecerán así marcadas por la contraposición entre lo que el Rey puede hacer sobre la base de su sola voluntad, y aquello que, por formar parte del derecho inmemorial de los súbditos, resulta vedado a la acción unilateral (en el sentido de no consentida) del monarca.

La obra del inglés Henry of Bracton, juez él mismo durante el reinado de Enrique III (1216-1272), debe su reputación al hecho de estar basada en una recopilación de más de 2.000 decisiones judiciales. El análisis de éstas permite al autor poner en contacto el emergente *common law* de la época, con el Derecho Romano y con las ideas medievales relativas a la vigencia de un derecho superior, al que el rey debe acatamiento. “El Rey - se lee en un pasaje del Tratado de Bracton, muy a menudo citado - no debería estar sujeto a los hombres, sino sujeto a Dios y a la ley, puesto que es la ley la que instituye al Rey. Permitamos, pues, al Rey atribuir a la ley lo que la ley le concede, singularmente dominio y poder, pues no hay Rey allí donde impera la voluntad, no la ley”.

Tales palabras de Bracton reflejan a la perfección el concepto, plenamente vigente, al menos en la baja Edad Media, de que toda autoridad deriva de la ley, y se halla, en consecuencia, limitada por ella. A ese respecto nos recuerda Matteucci que El Gobierno limitado se representa en la iconografía medieval mediante un Rey que porta en una mano la espada y en la otra un libro.

“A un Rey que gobierna rectamente - dirá Bracton - le son necesarias estas dos cosas: las armas y las leyes”. Las armas para combatir contra los enemigos exteriores y los rebeldes internos que amenazan la tranquilidad del reino; las leyes, para mantener una situación de paz, basada en la justicia, entre los súbditos. En

¹⁵ Edward Corwin, *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1955, p. 14.

tal dicotomía aparece implícita la distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, en la que tanto insisten autores como MacIlwain o Matteucci. El empleo de las armas es materia de *gubernaculum*, y abarca todo lo que se refiere a las relaciones externas y al orden interno, es decir a lo que, en terminología moderna, se conocerá con el nombre de asuntos de Estado o *arcana imperii*. Se trata, por su naturaleza, de un poder discrecional, *extra legem*, y cuyo ejercicio no depende de leyes establecidas, sino que se funda en la prudencia y en la sabiduría del Rey.

Junto al *gubernaculum*, está la *iurisdictio*, la cual se concreta en la competencia de administrar la justicia, que es lo que confiere al Rey la cualidad de “soberano”. En este ámbito, sí es operativo el límite de la ley. Como *fons iustitiae*, en cuya virtud el trono es ocupado por el Rey, éste ha de pronunciarse, por sí o por delegación, *secundum legem*, erigiéndose en garante de que la resolución de los conflictos resulte ajustada a la ley, puesto que, como hemos visto, “es la ley la que instituye al Rey”.

Sobre tales presupuestos se funda también uno de los lugares comunes de la literatura política del medioevo: la distinción entre el rey y el tirano, entre el rey como ministro de Dios, y el rey como siervo del diablo, cuya actuación legitima el tiranicidio. La afirmación apodíctica de san Isidoro de Sevilla, recogida por Matteucci, sintetiza los términos del problema: “Serás Rey si te comportas con justicia; de otro modo, no lo serás”¹⁶

La primera plasmación práctica de estas concepciones garantistas aparecerá en la más famosa de las Cartas feudales de todos los tiempos, la *Magna Charta Libertatis* inglesa de 1215, cuya cláusula 39, como es bien sabido, se pronunciaba en los siguientes términos:

“Ningún hombre será detenido o reducido a prisión, o despojado de sus bienes, o proscrito o desterrado (...), a no ser mediante el juicio legal de sus pares, y conforme a la ley de la tierra”

¹⁶ Cfr. in extenso Nicolò Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET, 1988, p. 16.

Una garantía proto-moderna, bien es verdad que válida sólo para los *freemen*, pero garantía al fin, y que, como nos recuerda Carlyle, iba a ser reconocida también por el rey Alfonso IX ante las Cortes de León de 1188¹⁷.

Que el desposeimiento de bienes había de hacerse con arreglo a derecho era algo tan arraigado en la mentalidad social, que sin el desarrollo de algún sistema de representación hubiese sido imposible recabar los recursos financieros requeridos por los crecientes objetivos políticos. La contraposición entre autoridad suprema del rey e indisponibilidad del derecho privado vendría, pues, a explicar que el desarrollo histórico de la libertad constitucional se verificara a través del poder financiero. El axioma de que “concesión de fondos y reparación de injusticias caminan de la mano” - concluye MacIlwain en una obra menos difundida que la dedicada al contraste entre el nuevo y el viejo constitucionalismo - es la llave del moderno desarrollo constitucional¹⁸; un axioma que el estudioso norteamericano equipara a un aforismo tomado del *De Beneficiis* de Séneca (*Ad Regem enim potestas omnium pertinet; ad singulos proprietates*), en el que dicho autor condensa la *Veltanschauung* política del tardo-medievo.

El proceso de formación del Estado moderno vendrá marcado por el modo en el que se fueron decantando una serie de tensiones mantenidas durante siglos en situación latente: tensiones de carácter externo, con poderes supra-ordenados en la práctica (Papado, Imperio); tensiones internas de tipo feudal y estamental; tensiones también “constitucionales”, con la pugna entre el Monarca y las Asambleas; y tensiones, en fin, atinentes a la propia concepción del derecho, bien como agregado de normas legadas por la tradición, o bien como instrumento de gobierno al servicio del poder Príncipe.

¹⁷ A. J. Carlyle, *La libertad política*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 31.

¹⁸ C.H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, Nueva York, Mac Millan, 1932, p. 390.

En una evolución zigzagueante, el derecho pasará a ser el producto de la voluntad racional del Príncipe (*auctoritas, non veritas facit legem*, según el famoso *dictum* atribuido a Hobbes); el poder presupuestario de las Asambleas languidecerá en la misma medida en que se fortalece la posición del Rey; y el concepto de soberanía (*Rex est Imperator in Regno suo, Superiorem non recognoscens*), y la razón de Estado, acabarán por instituir una nueva ordenación que aniquila la tradición del Gobierno limitado, verdadera marca distintiva de un “constitucionalismo” dicho antiguo.

El Estado moderno, como Estado incipientemente absoluto, se nos muestra, pues, como un Estado que alcanza éxito en su pretensión de liberarse de las ataduras del derecho. Puede decirse, con Sartori, que el Estado absoluto es un Estado que se sitúa en las antípodas del Estado constitucional. Es un tipo de Estado *legibus solutus* o, lo que es lo mismo, un Estado sin límites derivados de la ley, en el que los poseedores del poder se han liberado de los frenos y limitaciones constitucionales¹⁹.

García Pelayo caracteriza ese conjunto de transformaciones históricas como el tránsito desde una *ordenación* hacia una *organización*. La aparición y el desarrollo del Estado exteriorizan, según él, “la tendencia de la época moderna a sustituir la ordenación por la organización en distintos sectores vitales, a sustituir la concepción del orden político como un sistema estático sustentado por la tradición, por un sistema dinámico orientado hacia el futuro”²⁰.

Es quizá la apuntada tendencia, de la mano de las transformaciones de toda índole que caracterizan a la modernidad, la que explica la gran paradoja propiciatoria del momento genuinamente constitucional de finales del XVIII. El Estado Moderno, con su configuración del poder sobre la base de la

¹⁹ *Teoría de la democracia*, cit., vol. I, p. 239.

²⁰ Manuel García Pelayo, “Hacia el surgimiento histórico del Estado moderno”, en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 133.

Monarquía, los Consejos, la burocracia, el ejército, la diplomacia y la hacienda, es un potente reductor de antagonismos, cuya dinámica centrípeta y monopolista genera la simplificación reductora que actuará como baza del liberalismo burgués.

Desde el punto de vista del Derecho, puede decirse, en efecto, que la ciencia jurídica moderna es un producto de la burguesía que se construye en modo paralelo al despliegue del Estado absolutista. Tres serían, a juicio de Enrique Gómez Arboleya, los factores decisivos que coadyuvan a tal alumbramiento²¹:

a) El primero de tales factores es la *recepción* o “*resurrección*” del Derecho romano. Arropada por el tecnicismo del sistema jurídico romano, la ciencia jurídica moderna postulará la unidad del Derecho y presentará el orden jurídico como un orden sistemático y completo. Unidad política y unidad jurídica actúan así de consuno, generando una técnica interpretativa que se presenta como autónoma con respecto a la sociedad, y que ya no es tributaria del hecho concreto. El Derecho retornará a la Universidad, y el legista, como aliado del Príncipe, dedicará sus esfuerzos a luchar contra la intromisión de los poderes eclesiásticos y las prerrogativas de la nobleza. En este sentido se pronuncia también Van Caenegem, quien en su conocido trabajo sobre los “señores del Derecho”, nos recuerda que el *common law* puede ser presentado como obra de los jueces, el derecho tardo-romano como producto de los profesores, y el derecho revolucionario francés como contribución de los legisladores²². Al decir de Gómez Arboleya, esta peculiar concepción de la ciencia jurídica llega hasta Kelsen y sus epígonos, y presenta como caracteres más destacados su racionalismo formal constructivo, su desentendimiento con respecto al sustrato ético y social, y la exaltación del derecho positivo como presupuesto metódico.

²¹ Enrique Gómez Arboleya, “Supuestos cardinales de la Ciencia Jurídica Moderna”, en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 411 y ss.

²² Rudolf Van Caenegem, *I Signori del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 61

b) El segundo de ellos es la *teoría del Derecho natural racional*. El derecho natural de corte racionalista busca conceptos neutros y evidentes, que se erijan en atributos del ser humano por el hecho de serlo. Del Humanismo a la Ilustración, se va sedimentando una concepción individualista y antropocéntrica. Se va ganando la tortuosa lucha por la tolerancia, que culminará con la afirmación de la libertad religiosa, la “madre de todas las libertades”, en la conocida expresión empleada por Jellinek. Mediante la noción de “estado de naturaleza”, desde Hobbes a Rousseau, se abstrae al hombre de la sociedad para, a partir de aquél, justificar la mecánica de ésta. El vínculo orgánico que otrora constreñía el individuo a la comunidad salta así en pedazos. Poder y razón, derecho y poder, acabarán, de este modo, por entrelazarse bajo la égida de la idea de libertad racional. El Derecho, con su nota esencial de coacción, podrá al cabo presentarse como el sistema de las condiciones que posibilitan la coexistencia, y el despliegue, de las libertades singulares. La impersonalidad de la ley, expresión de la voluntad racionalista, culmina el edificio.

c) Por último, la *recepción de un constitucionalismo tradicional y continuista, como el inglés*, es el tercero de los factores apuntados por Gómez Arboleya. La lógica mecánica de la separación de poderes, como técnica organizativa al servicio de la libertad, el Gobierno por la discusión, y un derecho que se pretende situar al margen de la lucha entre partidos, y con respecto al cual se postula la sumisión ciega y mecánica del juez, serán el resultado de la peculiar “lectura” continental de la experiencia inglesa.

Constitución: el auge de la idea

Durante la antigüedad clásica no llega a plantearse como problema el de la creación de un documento dispuesto para exteriorizar los fundamentos posibles del poder. Y las experiencias jurídicas de la época son por completo ajenas a la idea de un ordenamiento de normas, en despliegue dinámico, a partir

de tales o cuales enunciados básicos. El Estado Moderno, por su parte, más que producto de un desarrollo “natural” de elementos antiguos, será resultado de cierta quiebra, en lo jurídico y en lo político, provocada por la aparición de inéditas situaciones históricas y novedosos universos conceptuales. Si acaso, como apunta Crossa, las concepciones greco-romanas aportan “savia vital” y cierta *auctoritas*, a menudo apoyada en interpretaciones sesgadas. Es la Edad Media - nos dice el último autor citado - la que proporciona argumentos para el dogma de la Constitución escrita. Y ello mediante la individualización del contraste entre una concepción “material” de la ley, característica de dicho período, y una concepción subjetivo/voluntarista de la orden jurídica, que proviene de la herencia romana. Un contraste que se resolverá, en términos de sucesión histórica, con el tránsito desde el universalismo cristiano del medioevo al particularismo cerrado del Estado absolutista²³.

La contraposición irreducible entre una y otra concepción del orden jurídico se intentará reducir con la aprobación de una ley superior y común a las partes en conflicto. Una ley recogida en un documento, que se convierte en garantía de su propia posición suprema, y que actúa como valedora del contenido recogido en ella.

A diferencia de las imprecisas *leges fundamentales* de la Edad Media (que, de todos modos, tanto se invocarían como palanca del pensamiento anti-absolutista), lo radicalmente novedoso proviene aquí del carácter de la Constitución como “decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política” - lo que Carl Schmitt denomina el concepto positivo de Constitución - una *decisión global* manifestada a través de un acto del poder constituyente. Esta comprensión de la Constitución se convierte a finales del XVIII y comienzos del XIX en una *idea irresistible*, tanto en los Estados Unidos de América, como en Europa.

²³ Emilio Crossa, “Il concetto di Costituzione nell’antiquità classica e la sua modernità”, en *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 97 y ss.

El concepto de Constitución como globalidad del orden político se ha ido revivificando durante el siglo XVIII. En 1733, la *Dissertation upon Parties*, de Lord Bolingbroke, nos da, por ejemplo, la siguiente definición tradicional, a la inglesa, del término:

“(...) hablando con propiedad, entendemos por Constitución aquel conjunto de leyes, instituciones y costumbres, derivados de algunos principios fijos de razón, y orientados hacia determinados fines del bien común, *que forman el sistema general según el cual ha aceptado la comunidad ser gobernada* (...). Y llamamos buen gobierno a aquel en el que la administración de los asuntos públicos es llevada de modo juicioso y de conformidad con los principios y los objetivos de la Constitución”.

Un cuarto de siglo más tarde, el suizo Emerich de Vattel, en su Tratado, publicado en 1758, *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, aportará una definición del concepto de Constitución más general y descriptiva:

“La Ley Fundamental que determina la forma en la que la autoridad pública ha de ejercerse es lo que forma la constitución de un estado. En ella puede verse la organización por medio de la cual la Nación actúa como un cuerpo político; cómo y por quién el pueblo será gobernado, y cuáles son los derechos y obligaciones de los que gobiernan. *Tomada en su esencia, tal constitución no es más que el establecimiento del sistema de acuerdo con el cual una nación se propone actuar al unísono para alcanzar las ventajas que constituyen el objetivo de toda sociedad política*”

Las connotaciones prescriptivas se añaden pronto, a una y otra orilla del Atlántico, cuando la Constitución se erige en instrumento capital de la lucha revolucionaria. Así, en 1776, la ciudad de Concord, en el Estado de Massachusetts, aprueba una *Resolution*, donde se recoge el postulado de que “una Constitución, entendida en su recto sentido, implica un conjunto de principios asentados con el fin de garantizar a los ciudadanos el pacífico uso y disfrute de sus derechos y privilegios contra cualquier invasión (*encroachment*) procedente del Gobierno”.

Y en 1789 el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano eleva a su máxima cota la intencionalidad combativa que se adhiere al concepto:

“Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni establecida la separación de poderes, carece de Constitución”.

Estamos ante un concepto de tipo voluntarista. Ahora se trata de asegurar y de establecer: unos derechos que se proclaman y unos poderes que se disponen. La Constitución pasa a ser resultado de una volición expresa, que se plasma en un documento escrito y vinculante. De ahí, y sólo de ahí, nos dice un buen conocedor de la historia constitucional, arranca la historia de las Constituciones²⁴.

Detrás de la simplicidad aparente de una fórmula como la del transcrito artículo 16 de la Declaración, con su “estilotrallazo”, se oculta una tajante línea divisoria: la que separa lo viejo, que se quiere cancelar, y lo nuevo, que se pretende instaurar. La Constitución, si quiere serlo, lleva implícito un fuerte componente prescriptivo. Ha de tener las señas de identidad que se estatuyen; unos signos distintivos que, de paso, condenan como no-constitucional todo el pasado de un régimen absolutista que no se había distinguido precisamente por la tutela de los derechos, ni por la separación de los poderes.

Es esa pretensión de innovación, ese cerrojazo a una historia no constitucional que se quiere cancelar y ese pórtico a la nueva era constitucional, que ahora se abre, la que centrará, a lo largo de la última década del siglo XVIII, y buena parte del XIX, la polémica sobre los fundamentos de cualquier Constitución. Frente al concepto innovador, en el que la Constitución se presenta como el resultado de un acto de voluntad creadora, no dejará de esgrimirse la concepción tradicionalista, con sus diversas variantes.

²⁴ Maurizio Fioravanti, “Costituzione: problemi dottrinali e storici”, en *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 105 y ss.

Dos obras, escritas la una en diálogo con la otra, expresan, quizá mejor que ninguna otra, dicha contraposición. Las *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, publicadas en 1790 por el inglés Edmund Burke, son una apasionada defensa de la tradición. Las instituciones constitucionales sólo pueden durar, según defiende Burke, si son un reflejo del lento devenir tradicional de la costumbre. Una Constitución es el sistema de relaciones y de pactos sociales que vinculan recíprocamente a las distintas partes constitutivas de un Estado. Los derechos son derechos históricos, asentados en la tradición, y heredados de generación en generación. De ahí las ironías de Burke respecto a las construcciones abstractas, matemáticas y geométricas de los franceses. El orden político tiene que ser, en suma, el reflejo del orden social existente, por más desigual y cargado de tensiones que dicho orden sea²⁵. Es decir, lo opuesto a esa pretensión instauradora implícita en la voluntad de una Asamblea única, de carácter soberano, instituida por los franceses.

La obra del norteamericano Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, publicada en 1791, lleva por subtítulo “Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución francesa”. La contemplación racional de los derechos se defiende aquí como la garantía de la estabilidad de las instituciones. La Constitución es un acto de refundación *ex novo* del orden social y político que echa por tierra las instituciones precedentes y funda unas nuevas, cuya justificación radica precisamente en el respeto a los derechos. “Una Constitución - nos dice el norteamericano en un célebre pasaje de su obra - no es algo que sólo exista de nombre, sino de hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y dondequiera que no se pueda exhibir en forma visible, no existe. Una Constitución es algo que antecede a un Gobierno, y un Gobierno no es más que la criatura de una Constitución”. Y apostilla: “la Constitución de un país no es el acto de su Gobierno, sino del pueblo que constituye su Gobierno.

²⁵ Edmund Burke, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, *passim*.

Es el cuerpo de elementos al que cabe remitirse y citar artículo por artículo (...)”²⁶.

Adicionalmente, puede señalarse que un tono aún más burlesco que el empleado por Burke con respecto a la pretensión constitucionalista/voluntarista francesa, se advierte en la glosa de la voz “Constitución”, escrita en 1792 por otro inglés, Arthur Young, para el *Oxford Dictionary*: “es un término nuevo que (los franceses) han adoptado y que utilizan como si la constitución fuese una torta elaborable conforme a una receta” (*they use it as if the Constitution was a pudding to be made by a receipt*)²⁷.

Revolución, Poder constituyente y escritura constitucional

El auge de la idea de Constitución, la “torta elaborable conforme a una receta”, según la expresión de Young, inaugura, como se ve, algo bien característico de la teoría constitucional hasta nuestros días. Me refiero a las polémicas y a los contrastes entre pares de concepciones alternativas que atañen a la esencia misma del documento constitucional. Frente al modelo tradicionalista, con el acento puesto en la Constitución como resultado de un equilibrio entre los diversos intereses sociales, el modelo voluntarista hace de la representación de individuos iguales, portadores de iguales derechos, su *leit motiv*. Esto último vale tanto para la versión francesa de Constitución como para la versión norteamericana.

Pero, a partir de ahí, las parejas de contrastes comienzan con la misma contraposición entre el espíritu de las dos grandes revoluciones de finales del XVIII, la francesa y la norteamericana. Ambas coinciden en su punto de partida: se trata de arrumbar el pasado mediante el ejercicio expreso de un poder dicho constituyente, que cuaja en un documento escrito.

²⁶ Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, Madrid, Alianza, 1984, p. 69.

²⁷ Cit. en Luigi Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 11.

En los Estados Unidos de América, años antes de que el abate Sieyés difundiera en Francia su célebre opúsculo sobre el Tercer Estado, se llevó a la práctica la concepción de un poder constituyente, en manos del pueblo, y claramente diferenciado del poder legislativo ordinario. La intuición de fondo de quienes formaron parte del Congreso Continental, representativo de las ex colonias inglesas, en la que se aprobó la Declaración de Independencia, fue darse cuenta de que una Constitución digna de tal nombre no podía ser la mera expresión de una contingente decisión política, puesto que también las revoluciones deben inclinarse ante la supremacía de la ley. Advirtieron, dicho con otros términos, que por muy “supremo” y “desvinculado” que el poder constituyente se presentara, necesitaba también legitimarse mediante un acatamiento a las formalidades y a las exigencias de un procedimiento legal²⁸.

El poder constituyente habitará así desde el principio en los intersticios de una relación fluida entre el derecho y la política, presuponiendo por su misma existencia un “Derecho” dispuesto a reconocer su origen en una explícita voluntad inicial, pero también, y de manera imprescindible, una voluntad política capaz de rendir tributo a la necesidad de una fuerte disciplina normativa de impronta constitucional²⁹.

Con la aportación de Sieyés, la concepción clásica del poder constituyente, como gran legislador colectivo, encuentra su más articulada expresión. Como es sabido, Sieyés profundiza en el concepto de representación, distinguiendo entre representantes *ordinarios* y representantes *extraordinarios*. Aquellos tienen un poder limitado a la gestión de los asuntos de gobierno. Éstos forman un genuino poder constituyente: “como una gran nación no puede estar reuniéndose cada vez que así lo exijan

²⁸ Cfr. Matteucci, “La Costituzione Statunitense e il Moderno Costituzionalismo”, en Tiziano Bonazzi, ed., *La Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 29 y ss.

²⁹ Mauricio Fioravanti, “Potere costituente e Diritto Pubblico”, en *Stato e Costituzione...*, cit. p. 56.

circunstancias excepcionales, hay que delegar en representantes extraordinarios los poderes necesarios para hacer frente a tales circunstancias”. La Asamblea ordinaria aprobará las leyes ordinarias; la Asamblea extraordinaria, las leyes constitucionales. Estas últimas poseen dos características: regulan la vida y la modalidad de acción de la representación ordinaria, que queda así expresamente vinculada, y al mismo tiempo expresan plenamente la voluntad de la Nación, origen de toda legalidad. La Asamblea constituyente es, pues, la fuente de todos los poderes. Es la Nación sin mediaciones³⁰.

Una construcción doctrinal semejante todavía es presentada hoy como el “paradigma de la teoría jurídica continental sobre la Constitución”³¹. Esto es así cuando menos por tres órdenes de razones:

- a) porque, con su definición de la relación entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués*, Sieyès sienta las bases de la moderna teoría constitucional. La Constitución pasa a ser un acto normativo que define y disciplina el ejercicio del poder soberano.
- b) porque delimita, de la manera más expresiva, el contraste entre la teoría *democrática* del poder constituyente, y la teoría *antidemocrática* de la representación, en la cual se basará toda la práctica del Estado liberal de Derecho durante el siglo XIX.
- c) y por último, pero no menos importante, porque Sieyès realizará la más decisiva contribución en una materia de tanta trascendencia como la reforma y el cambio de Constitución, afrontando en términos jurídicos la cuestión de la sucesión de las Constituciones.

³⁰ Emmanuel Sieyès, *Qué es el Tercer Estado*, ed. de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973, *passim*.

³¹ Cfr. el ensayo de Pier Paolo Portinaro “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, en Zagrebelsky, Portinaro y Luther, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 5 y ss.

No es necesario insistir mucho en las paradojas y contradicciones inherentes a una fórmula como la del poder constituyente. Revolución (en el sentido de poder constituyente) y Constitución (como producto o resultado del ejercicio de éste) se nos muestran en contraposición irreductible. Si sobrevive la Revolución, entonces la Constitución viene contradicha y “ninguneada”; si es la Constitución la que se asienta, será la Revolución la que puede darse por cancelada, puesto que la Constitución se establece para siempre. Algunas aportaciones despliegan notable erudición para denunciar toda la inconsistencia lógica escondida tras la funcionalidad de un concepto como el de poder constituyente. “Henos aquí, nos dice, por ejemplo, Negri, ante una extrema paradoja: un poder que surge de la nada y organiza todo el derecho. Una paradoja que, precisamente por su carácter extremo, resulta insostenible. Nunca como a propósito del poder constituyente se ha ejercitado la ciencia jurídica en aquel juego de afirmar y negar, de absolutizar y limitar que, por otra parte, es característica de su desarrollo lógico”³²

Paradojas y contradicciones que no se manifiestan sólo en el plano de la lógica subyacente a él, sino también en el de la secuencia temporal de su propio despliegue:

“La historia constitucional es cambio, contingencia política, acumulación en el presente de experiencias del pasado; es realidad social, relación entre el pasado y el futuro, movimiento de sujetos imposibles de definir *a priori*, imposibilidad de previsión de problemas y espontaneidad de soluciones. Por contra, el poder constituyente consiste en la fijación y absolutización de valores políticos; es un puro deber ser, una recreación *ex novo*, que omite el pasado y reduce al presente todo el futuro; es en su principio una inesperada aceleración histórica, y sucesivamente un frenazo (...)”³³

³² Antonio Negri, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994, p. 18.

³³ Gustavo Zagrebelsky, “Storia e Costituzione”, en la obra colectiva ya citada *Il futuro della Costituzione*, pp. 35 y ss.

Tomemos, pues, a beneficio de inventario la herencia de un concepto tan emblemático para la teoría constitucional como el poder constituyente, verdadero mito fundacional que reformula más técnicamente, y la hace operativa, la idea ilustrada del contrato social, y detengámonos en otro de los rasgos compartidos por las revoluciones norteamericana y francesa: el de la (nove-dosa) articulación de la Constitución en un documento escrito.

Según una opinión bastante acreditada, las revoluciones norteamericana y francesa, al condensarse en un documento escrito, al que llamaron Constitución, tuvieron el efecto de aunar los dos significados del término que habían predominado hasta entonces: lingüístico-jurídico el uno (Constitución como orden jurídica de un determinado carácter); y ético-político, o iusnaturalista, el otro³⁴.

La Constitución vendrá a ser en lo sucesivo un texto jurídico que establece el modo de ser político de un Estado. La interpenetración de terminología política y terminología jurídica, que se hace operativa en el texto constitucional, expresa la intención de asentar jurídicamente el orden político. Y el valor último de un empeño semejante, radica justamente, al decir de Luhmann, en el objetivo central de cualquier Constitución: reducir la contraposición entre el mundo de la política y el mundo del Derecho, vinculando ambos a una cepa común de la cual proceden³⁵. Según Luhmann, mientras que en Francia el ascendente de las instituciones inglesas hizo que el núcleo del debate constitucional versara sobre la redistribución de los poderes, en los Estados Unidos de América, el énfasis se puso, ya *ab initio*, en el valor intrínseco de un documento cerrado, auténtico germen para la distinción entre la Constitución y el resto del Derecho³⁶.

³⁴ G. Stourth, "Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century", en T. Ball y J.G. Pocock, eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Boston, Lawrence Kass, 1988, pp. 32 y ss.

³⁵ Niklas Luhmann, "La Costituzione come conquista evolutiva", en la obra colectiva ya citada *Il futuro della Costituzione*, pp. 83 y ss.

³⁶ Con respecto a Francia, estudia al detalle el asunto la clásica obra de Duguit *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, edición al cuidado de Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

En Norteamérica, se trataba de crear una orden jurídica que actuara como regla de colisión, tal y como intuyó Hamilton en el célebre fragmento 78 de *El Federalista*, bajo la rúbrica “El Departamento Judicial”:

“Las limitaciones de esta clase [impuestas al poder legislativo] - escribe Hamilton - no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios quedarán en nada”.

Y todavía de forma más enérgica:

“Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe de ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”³⁷.

La positivización de una ley que funda todo el Derecho viene a hacer innecesaria, como también apunta Luhmann, cualquier otra norma extrasistémica del estilo de la norma fundamental hipotética *kelseniana*. Desde este punto de vista, la gran innovación reside en el hecho de que el texto constitucional aporta una solución de tipo jurídico al problema de la autorreferencialidad del sistema político y, al mismo tiempo, da una respuesta de índole política a la cuestión de la autorreferencialidad del sistema jurídico.

Los contrastes entre lo constitucional frente a lo no constitucional, y entre la Constitución escrita y el resto del Derecho - decisivos incluso para la adopción de la palabra Constitución, puesto que ninguna otra de las expresiones equivalentes

³⁷ Cfr., *in extenso*, Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 137 y ss.

(*compact, covenant, fundamental*) permitían la elocuente simpleza de la contraposición *constitutional/unconstitutional* - circulan durante las últimas décadas del XVIII. Y llegan sin solución de continuidad hasta la que es probablemente la más célebre decisión judicial de todos los tiempos: la dictada por el juez Marshall, en 1803, en el caso *Marbury contra Madison*.

Como de sobra es conocido, el doble carácter de la Constitución, como norma escrita, y como norma primordial (*paramount law*), vendrá considerado allí como el argumento decisivo en favor de la facultad de revisión judicial de las leyes:

“O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación y, consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura incompatible con la Constitución, es nula. *Esta teoría guarda una relación esencial con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad*”³⁸.

También resulta consustancial al carácter escrito de la Constitución norteamericana algo que ha sido resaltado desde múltiples puntos de vista. Me refiero al aura que cobró pronto el Documento constitucional, equiparable en todo al de una escritura sagrada. El tópico del apego a la Constitución como “religión civil”, que pusiera en circulación Tocqueville, con la

³⁸ *Marbury contra Madison*, 1 Cranch 137, 177, subrayado mío. Cfr. Harold Burton, “*Marbury v. Madison: The Cornerstone of Constitutional Law*”, en Jesse Choper, *The Supreme Court and Its Justices*, Chicago, American Bar Association, 1987, pp. 14 y ss.

bandera, la Declaración de Independencia y el texto constitucional, como la “santa trinidad” de las creencias cívicas norteamericanas, tiene que ver, sin duda, con el carácter simultáneo de la fundación nacional y el proceso constituyente. La Constitución pudo actuar así, desde los inicios de su puesta en práctica, no sólo como un instrumento, sino también como un símbolo, por emplear los términos de un conocido ensayo de Corwin³⁹.

Revolución, ejercicio del poder constituyente y Constitución escrita son los verdaderos ritos de paso que transforman un cuestionable constitucionalismo “antiguo” en un constitucionalismo racionalizado, vigoroso y de vocación universal. No obstante la “persistencia del Antiguo Régimen” en bastantes aspectos de la estructura social, magistralmente estudiada por Arnold J. Mayer⁴⁰, lo que interesa destacar es que la evolución del pensamiento y de las formas políticas se realiza desde entonces tomando al Estado constitucional como el polo de referencia del debate. Comparado con la quiebra que una pretensión racional-normativa, como la encerrada en la Constitución escrita, supuso con respecto a cualquier ordenación anterior, y con respecto al “gran modelo” británico, todos los cuestionamientos “restauradores”, y las denuncias combativas en favor de una más acabada correspondencia entre la formalización jurídica del fenómeno del poder y su efectivo despliegue, no alcanzan más que una importancia de segundo orden. Incluso el planteamiento de alternativas radicales - el bolchevismo y los fascismos - a partir de la Primera Gran Guerra se realizará en diálogo explícito con el pensamiento de impronta constitucional.

³⁹ “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *American Political Science Review*, 30 (1936), pp. 1071 y ss.; cfr. Michael Kammen, *A Machine that would go by Itself. The Constitution in American Culture*, Nueva York, Alfred Knopf, 1986, Cpt.3 (“All that gives us a National Character”). Desarrollan *in extenso* el argumento las obras de Sanford Levinson *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton Un. Press, 1988, y la de Robert Bellah, *The Broken Covenant. American Civil Religion in Time of Trial*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

⁴⁰ A. J. Mayer, *La persistencia del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1981.

USA frente a Francia: Las razones de una bifurcación

El constitucionalismo del siglo XIX no fue, como puede serlo hoy, un fenómeno de características compartidas y globales. A una y otra orilla del Atlántico, la coincidencia de presupuestos en torno a unas mismas ideas centrales, no impedirá la aparición de un nítido cisma en el decurso de la práctica constitucional. Del lado del “viejo continente”, el constitucionalismo se nos muestra como algo construido a trompicones, un fenómeno discontinuo, en el que el impulso revolucionario de partida se ve refrenado y reafirmado sucesivamente. Una historia, en suma, sacudida por quebrantamientos, compromisos y rupturas. Y del lado norteamericano, no es ajeno al constitucionalismo el trauma de la guerra civil, pero el texto originario, con sus adiciones, continúa siendo, más de dos siglos después, el punto de arranque de un “sendero jurídico” por cuyos márgenes ha discurrido la práctica política hasta nuestros mismos días⁴¹.

Las razones de semejante bifurcación interesarían tan sólo como reliquia histórica si no fuera porque su legado se ha dejado sentir, hasta hace bien poco, sobre las aproximaciones teóricas - lo que a la postre tampoco tendría importancia decisiva - y sobre la práctica, que esto sí importa, del Estado constitucional.

Ya en el momento de los debates ante la Asamblea Nacional francesa de 1789, la diversa conformación social de los Estados Unidos fue utilizada como argumento para atemperar la fascinación sentida por algunos diputados con respecto al texto constitucional aprobado en Filadelfia un par de años antes.

En la sesión de 31 de agosto de 1789, el diputado Lally-Tollendal se pronunciaba sobre el particular con un lenguaje que llama la atención por lo incisivo de su positivismo sociológico:

“No pretendemos, en absoluto, establecer una comparación entre Francia y los Estados Unidos de América. Sabemos que

⁴¹ Cfr. Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 94 y ss. bajo el epígrafe “The Path of the Law”.

esto constituiría un raro abuso del razonamiento y de la palabra, querer juntar dos pueblos y dos posiciones tan diferentes. Por un lado, una República federal formada por trece Repúblicas nacientes, en un mundo nuevo, trece millones de habitantes, es decir, quinientas mil cabezas de familia, casi todos propietarios agrícolas, viviendas dispersas; sin enemigos que combatir, sin vecinos que temer, costumbres sencillas, necesidades limitadas; por otro lado, una Monarquía antigua, en el viejo mundo; veintiséis millones de personas, de las cuales dos millones, a lo sumo, son propietarios de tierras, una población amontonada, siempre con vecinos y con rivales, a menudo con enemigos exteriores; y como enemigos interiores, los prejuicios, las necesidades, las pasiones, y todo lo que de ello deriva, y todo lo que debe ser su freno”⁴².

Las diferencias abismales en la estructuración social, junto a la convulsa trayectoria de los acontecimientos que se suceden en Francia entre 1789 y el golpe de brumario (el “cierre de la Revolución”, para Napoleón) explican que el contraste entre las dos grandes Revoluciones inaugurales de la edad contemporánea, se convirtiera de inmediato en un tópico del pensamiento politológico.

Según relata Negri, la comparación de las dos revoluciones aparece en la presentación de la edición alemana de las *Reflexiones sobre la revolución francesa*, de Burke, llevada a cabo en 1793 por Friedrich von Gentz. Pocos años después, la contraposición de una y otra experiencia revolucionaria fue utilizada por el *entourage* de John Adams, en la campaña presidencial de 1800, en oposición a Jefferson. Frente al terror jacobino, frente a la revolución como una marea abstracta e ideológica que arrasa con todo, la Revolución norteamericana podía presentarse como un remanso de orden y concreción, fundada en el respeto y el desarrollo de las libertades⁴³.

⁴² Cfr. Leon Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, cit., p. 19.

⁴³ Cfr. Antonio Negri, *El Poder Constituyente...*, cit., p. 34.

En tiempos mucho más próximos, la célebre obra de Hanna Arendt, *On Revolution*, publicada en 1963, da cierto empaque teórico a la cuestión, convirtiendo el eje central del discurso no ya en lo abstracto de la Revolución francesa frente a lo concreto de la Revolución norteamericana, sino en la diferencia profunda que permite discernir lo que es una revolución *política* (la última de las citadas), frente a una revolución *social* como la francesa⁴⁴.

La revolución *política* trasciende lo social, sin aniquilarlo, dando lugar a un nivel de síntesis, en el que el equilibrio y la cooperación generan un espacio público de libertad. La revolución *social*, y en particular la francesa, subordina, por el contrario, el ámbito de lo político al ámbito de lo social. Abandonado de esta manera a su suerte, lo político gira en el vacío, en una búsqueda de libertad que se va convirtiendo cada vez en más ciega y enloquecida. “Allí donde lo político - resume de nuevo Negri - no permite a la sociedad comprenderse y constituirse en la comprensión, allí imperarán la locura y el terror; allí el totalitarismo no podrá sino llevarse la mejor parte”.

En polémica con la tesis de Arendt, construye también su hipótesis explicativa otro gigante de las ciencias sociales, Jürgen Habermas, quien sustenta su modo de ver las cosas en la diferente interpretación del Derecho Natural expresada por las dos revoluciones: una, la francesa, asume el Derecho Natural como un ideal que es preciso realizar; la otra, la norteamericana, como un estado ya existente, y sobre el que la intervención política no puede más que producir efectos perturbadores. Es decir, algo bien distinto - *rectius*: lo opuesto, al excluir la necesidad de política del caso norteamericano - de lo que defiende Arendt, por lo que la teoría del autor germano ha sido calificada como “inversión de la tesis de las dos revoluciones”⁴⁵.

⁴⁴ Hanna Arendt, *On Revolution*, Londres, Faber and Faber, 1963.

⁴⁵ Habermas, “Diritto Naturale e Rivoluzione”, en *Prassi politica e teoria critica della società*, Bolonia, Il Mulino, 1973, *apud* Negri, *El Poder Constituyente...*, pp. 39 y ss., y 213 y ss.

Desde la teoría constitucional, resulta en cualquier caso ineludible aportar razones que expliquen, en lo posible, la bifurcación de caminos emprendidos por el constitucionalismo a partir de las dos experiencias revolucionarias.

En la misma estela de la aportación *habermasiana*, se ha resaltado, por ejemplo, que Francia y Norteamérica reflejan dos concepciones bien distintas en el propio modo de entender los fundamentos de la Constitución. Dos concepciones que están ya presentes, la una detrás de la otra, en dos de los grandes documentos constitucionales de la Inglaterra del XVII: el *Agreement of the People* (1647), y el *Instrument of Government*, de Cromwell (1653). El primero refleja la idea de la Constitución como contrato de los “consociados”, un texto (“Constitución-alma”, lo llama Portinaro) que viene a institucionalizar un orden que ya existe (*un ordine che c'è già*), lo que sería el caso de la Constitución norteamericana. En el *Instrument*, en cambio, se nos muestra la idea de la Constitución como decisión, como acto consciente de creación de una maquinaria de gobierno dispuesta para generar un estado de cosas todavía inexistente (*un ordine che non c'è ancora*)⁴⁶.

Fioravanti, por su parte, profundiza también, como Habermas, en las diferencias que se derivan del diverso modo de entender el Derecho Natural como fuente inspiradora. En el caso de los Estados Unidos, se trata de un Derecho Natural de corte clásico; en el de Francia, de un derecho Natural rediseñado como Derecho Natural racional.

a) El Derecho Natural clásico viene a ser algo muy semejante al derecho histórico que, con tanta insistencia, defiende Burke (distinción entre el Rey y el tirano, legitimidad del derecho de resistencia, etc.). La novedad con respecto a Burke radica en que la tradición inglesa, como fuente explícita de inspiración, es sustituida por una apelación al Derecho Natural intensamente influida por el pensamiento europeo y, en particular,

⁴⁶ Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, cit.

por la obra de Locke. De éste, los constituyentes de Filadelfia toman, sobre todo, la idea de la ley natural del intercambio y la aprobación. Es decir el “individualismo posesivo”, por decirlo según el conocido título de la obra de C.B. McPherson. Una sociedad tan homogénea como la norteamericana de la época, casi naturalmente burguesa, a la que le eran ajenos los problemas de la emancipación de las viejas formas feudales de dominio, y de lo que más tarde se llamaría la “cuestión social”, una sociedad donde resultaba en extremo sencillo la adquisición de la propiedad y de la tierra, no necesitaba un *proyecto político* fuerte, como el que plasma la Revolución francesa. En los Estados Unidos bastaba con ponerse a resguardo de la nefasta influencia del legislador tiránico. Y para ello, el “viejo” Locke del derecho de resistencia, y el “nuevo” Locke del individualismo posesivo, era lo más funcional. No hay allí, en suma, un momento *político* que concilie voluntades con fines prospectivos, y que pueda distinguirse de la acción de defensa y tutela del derecho ya existente. “El antiguo derecho de resistencia - concluye Fioravanti - actúa al unísono con la moderna primacía de la sociedad civil económica, *dejando a la vieja Europa la primacía de la política como proyecto prescriptivo y colectivo con fines de largo alcance*”⁴⁷.

b) En Francia, es sólo con un Derecho Natural modernizado, de impronta racionalista, como se puede elaborar ese proyecto político al que acabamos de referirnos. Aquí se trata no sólo de apelar a unos vaporosos fundamentos filosóficos, sino también de convertirlos en derecho positivo mediante la proclamación de los derechos del hombre. Esta dimensión de la revolución como saldo de cuentas con el pasado, como conflicto global entre dos sistemas del todo opuestos, en valores políticos y en dimensión constitutiva, es la que da su marca distintiva a la Revolución francesa. Y es también la que permite presentarla como la revolución por antonomasia de los tiempos modernos.

⁴⁷ Maurizio Fioravanti, “Costituzione: problemi dottrinali e storici”, en *Stato e Costituzione...*, cit., p. 126.

La Constitución se convierte así en un proyecto *contra* lo antiguo. Un proyecto que crea, porque necesita de él, un nuevo sujeto soberano y fuerte, capaz de expresar la voluntad general, y de utilizarla como arma de combate frente a los enemigos tradicionales y los adversarios nuevos. Si en los Estados Unidos el Derecho Natural *se invoca*, aquí *se proclama*, con el preciso objetivo de concitar la adhesión (que de todos modos se da por supuesta) de unos ciudadanos activos, virtuosos e identificados con los ideales de nuevo signo.

Podemos así extraer la conclusión, de gran importancia para nuestro objeto, de que *lo que caracteriza a toda Constitución* - utilizando ya el vocablo en el sentido plenamente moderno - *es su dependencia con respecto a unas determinadas opciones políticas de fondo, que se corresponden, a su vez, con una cierta elección de valores*. Tanto en Francia como en los Estados Unidos, la Constitución es el objetivo de la revolución, al mismo tiempo que su límite último. Pero las variantes ideológicas de fondo, punto de partida del empeño constitucional, son las que permiten explicar la bifurcación de caminos del constitucionalismo decimonónico, a que antes nos referíamos.

Las variantes norteamericana y francesa en el ejercicio del poder constituyente. La reforma constitucional y la garantía de los derechos

En ese sentido, todavía es preciso insistir en dos consecuencias para la teoría constitucional, estrechamente interrelacionadas, y que se derivan de tales variaciones ideológicas: una es la que se refiere al ejercicio del poder constituyente y su corolario, la facultad de reforma constitucional. Otra es la que atañe a la garantía de los derechos.

En lo que se refiere al ejercicio del poder constituyente, la experiencia de los Estados norteamericanos entre 1776 y 1787 muestra una dimensión de aquél con rasgos distintos del que pondrá en práctica la Asamblea Nacional francesa. En Norteamérica, una entelequia como la recogida en la doctrina del

poder constituyente, se concreta *avant la lettre* en la atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores. Éstos quedan así despojados del atributo de la soberanía y la ley, como producto de su obra, se subordina a la Constitución, entendida como fuente suprema del Derecho.

Dicho de otro modo, en la experiencia estadounidense, el concepto de poder constituyente se vincula con la idea de rigidez de la Constitución, lo cual da lugar a la presencia de reglas fijas, cuyo *plus* de estabilidad se garantiza, frente a la voluntad del legislador ordinario, mediante las dificultades de índole formal impuestas para la reforma de aquéllas. El pacto constituyente cuaja en un núcleo de decisión *fuerte* que se sitúa a resguardo del arbitrio del legislador.

En Francia, poder constituyente y facultades del pueblo soberano para decidir en todo momento sobre las reglas del juego escritas en la Constitución van de la mano. El valor de la Constitución queda, de ese modo, horadado, puesto que lo esencial del poder constituyente es, para los franceses, la formación de una unidad política capaz de expresar su voluntad. Que tal unidad política reciba el nombre de pueblo, o el de Nación, es secundario con respecto a lo que de verdad importa: la centralización de poder en manos de la Asamblea que tal concepción origina. La defensa de la representación de la Nación *in toto*, realizada de manera tan eficaz por Sieyès, y la asignación a la Asamblea del ejercicio del poder constituyente, resultarán, en tal sentido, decisivas.

La traslación de facultades, desde el poder constituyente soberano, hasta la Asamblea representativa, se hará también notar en el modo de abordar la reforma constitucional. Ésta no se concibe en Francia como un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional, sino más bien como medio destinado a salvaguardar la libérrima potestad del poder constituyente para expresar, en todo momento, su voluntad.

“Es precisamente como consecuencia de su omnímoda potestad - dirá el diputado Frochot, refiriéndose al poder constituyente, en la sesión de 3 de septiembre de 1791 - por lo que

la Nación, consagrando su derecho, se prescribe a sí misma un medio pacífico y legal de ejercerlo. Lejos de ver en este acto una alienación de la soberanía nacional, yo lo entiendo, al contrario, como una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia”⁴⁸.

Frente a la regulación norteamericana de la reforma (mayorías cualificadas en la propuesta y en el proceso de ratificación por parte de los Estados), al servicio de la rigidez constitucional, en Francia el asunto se aborda desde el punto de vista de la necesidad de un “enfriamiento y reconsideración de los posibles excesos pasionales del poder constituyente”⁴⁹.

Y eso en la Constitución de 1791 (artículo 1 del Título VII: *L'Assemblée Nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de Révision...*); porque, en 1793, bajo el influjo del “espíritu - Rousseau”, por entonces en su apogeo, la inaplicada Constitución girondina anula, lisa y llanamente, cualquier diferencia entre el poder de hacer la Constitución y el poder de reformarla (artículo 28: *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une generation ne peut assujétir à ses lois les générations futures*).

Se delimitan así dos imágenes del poder constituyente, dos funciones del mismo que acabarán por reunirse en el constitucionalismo democrático de nuestros días: una, bajo el influjo de la Revolución francesa, como *establecimiento de las opciones políticas básicas*, como momento de unificación de voluntades con vistas a la creación de un orden político; otra, bajo el de

⁴⁸ Cfr. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 64.

⁴⁹ Cfr. Jon Elster, “Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris”, *Cardozo Law Review*, 14 [1993], pp. 549 y ss.

la Revolución norteamericana, como *fijación de una norma fundamental de garantía*, en ausencia de la cual los poderes constituidos, empezando por el propio legislador, se verían libres de límites efectivos.

La primacía histórica de una u otra imagen, en el momento de diseñar el pacto constitucional, no podía dejar de hacerse sentir sobre la cuestión de la defensa de los derechos.

En efecto, la tradición norteamericana es, como se ha dicho tantas veces, profundamente individualista. El proceso revolucionario, puesto formalmente en marcha mediante la Declaración de Independencia de 1776, encuentra su fuerza motora en la violación por el Parlamento británico de los *rights* tradicionales de los colonos. Tales derechos, reconocidos antes que proclamados en los textos constitucionales de los Estados, entre 1776 y 1787, preexisten a la Constitución.

Como *inherent rights* tenidos *by nature* los define el primer artículo de la Declaración de Virginia, incluida en la Constitución de 1776, con su explícita doble faz de *Frame of Government* y de *Declaration of Rights*. El lenguaje no puede ser más expresivo:

“Whereas all Government ought to be instituted and supported for the security and protection of the community as such, and to enable the individuals who compose it to enjoy their natural rights...”

No hay más razón constitucional que el hecho de que todo Gobierno debiera instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la comunidad en cuanto tal, y para capacitar a los individuos que la componen en el disfrute de sus derechos naturales. Con pequeñas variaciones de estilo, idéntica amalgama de resonancias *bobbesianas* y *lockianas* se encuentra en las Constituciones de Pennsylvania, Vermont, Massachusetts y New Hampshire⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. el expresivo recorrido por los textos que realiza Bartolomé Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Cívitas, 1988, pp. 19 y ss. La obra contrapone, en Capítulos sucesivos, “América: supremacía de los derechos” frente a “Europa: suficiencia de la ley”.

Si la Constitución federal se entroniza, al cabo, como *Supreme Law of the Land* es precisamente con el objetivo de situar los derechos a resguardo de veleidades tiránicas, pues la revolución arranca de un memorial de agravios: la aprobación en la metrópoli de la *Stamp Act* de 1765, tenida por contraria a la tradición impositiva y a los derechos de los colonos. Una forma de actuar que recuerda, dicho sea de paso, al expediente utilizado en 1689 por el Parlamento inglés para condenar la actuación de Jacobo II (“*having endeavored to subvert the constitution of the Kingdom by breaking the original contract between King and people... has abdicated the government and the throne is hereby vacant*”).

Desde tal referente cronológico, hecho explícito por la Declaración de Independencia norteamericana, hasta la aprobación de un *Bill* de derechos federal, que arranca con la frase *Congress shall make no law...*, hay una línea de continuidad, cuya lógica es aplastante: el poder legislativo, antes que guardián de los derechos, se ha revelado como fuente potencial de conculcación. Ahora se trata de sujetarle a los dictados de una ley superior, que incluye un reparto de poder, vertical y horizontal, y un reconocimiento de derechos. La visión “judicialista” en materia de garantías es la consecuencia necesaria de todo ello⁵¹.

La cultura de los derechos de la Revolución norteamericana es individualista, pero también está imbuida de un claro componente historicista o restaurador. Se centra ahí la polémica sobre el carácter continuo o discontinuo de la Revolución norteamericana con respecto al *Common law* británico.

A la resolución de tal polémica nos parece que contribuye de manera decisiva el estudio de Fioravanti dedicado a las bases históricas de los derechos. A juicio del discípulo de Paolo Grossi, se dan tres grandes modos de fundamentar las libertades

⁵¹ Cfr. Ulrich Preuss, “The Political Meaning of Constitutionalism”, en Richard Bellamy, ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, pp. 11 y ss.

en el plano teórico, a las que corresponden otras tantas formas de reconocimiento y garantía por parte del ordenamiento⁵².

Una es una doctrina individualista y “estatalista” de las libertades, construida en clave anti-historicista (Revolución francesa). Otra es, al mismo tiempo, individualista e historicista (Revolución norteamericana). Por fin, la tercera es historicista y “estatalista”, con un fuerte componente anti-individualista (juristas del Estado europeo de derecho del siglo XIX). “Comprender estas combinaciones - dice Fioravanti - significa para nosotros comprender cómo se ha desarrollado, desde la edad de las revoluciones hasta los umbrales de nuestro inmediato presente, la cultura de las libertades...” (*Los derechos fundamentales...*, p. 25).

A partir de tales modelos, se comprenden, en efecto, mucho mejor las cosas. De un lado, el proceso revolucionario norteamericano, marcado, como hemos dicho, por la *desconfianza en el legislador*. Un proceso que arranca con las protestas de reestablecimiento de la *ancient Constitution* británica, vulnerada por obra de una actuación tiránica, y al que posteriormente se añade, cuando la perpetuación de lo anterior se revela imposible, las doctrinas de los derechos individuales y del contrato social, a la búsqueda de una legitimación fuerte y plausible para la separación de Inglaterra (*Los derechos fundamentales...*, pp. 75 y ss.).

De otro lado, la Revolución francesa, con su *pouvoir constituant* al estilo ya visto, y con un su sacralización de la ley - *legicentrismo*, lo llama Fioravanti - que actúa como nexo de unión entre el componente individualista y el componente estatalista de la revolución. Una cultura constitucional capaz de producir la fórmula sintética del artículo 16 de la Declaración, tiene precisamente en la cuestión de la garantía de los derechos su punto más débil y problemático, al fiarlo todo, no sin cierta candidez, a la obra de un legislador virtuoso, que lo es simplemente en tanto que representativo del pueblo o de la Nación,

⁵² M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

más allá de las facciones o de los intereses particulares (*Los derechos fundamentales*, pp. 56 y ss.)

No obstante la identidad aparente en los postulados de principio, consecuencia de ese componente individualista que las dos revoluciones comparten, la “lengua de los derechos” empleada en la Declaración francesa revela la diferencia. Por decirlo en los términos cuantitativos que utiliza García de Enterría, “la declaración cita once veces la palabra ‘Ley’ y dos más el adverbio ‘legalmente’”. Y concluye el autor del trabajo cuyo título hemos entrecomillado:

“(...) esta colocación de la Ley en el centro mismo del sistema de los derechos está en el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa, y que se buscará en vano en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes(...). Todo el sistema jurídico queda reducido a un sistema cerrado de Leyes, lo que se llamará el positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente”⁵³.

A la relación de dichos “fenómenos capitales” con lo que representa ahora el objeto de nuestro tema, es decir, la suerte de la vocación constitucional tras el momento de auge revolucionario, consagramos el siguiente epígrafe.

Falseamiento: las “trampas” del positivismo

La bifurcación de caminos del constitucionalismo, de que venimos hablando, se transforma, una vez cerrados los tiempos de la comunicación de influencias durante la oleada revolucionaria, en separación y olvido recíproco. No es que falten las miradas - ahí esta la agudísima obra de Tocqueville para atestiguarlo - pero los supuestos de partida, con sus diferencias

⁵³ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 80-81.

de matiz, producen al poco tiempo prácticas constitucionales que poco tienen en común.

Europa es un laboratorio constitucional, en el que la pulsión política genera un continuo replanteamiento de los grandes problemas de fondo (titularidad de la soberanía, reforma constitucional, disposición de los poderes públicos, etc). Pero tras el tejer y destejer Constituciones, al socaire de los acontecimientos, hay un hilo de continuidad que afecta de lleno al valor de la Constitución y al de la propia doctrina del constitucionalismo.

Uno de los objetivos esenciales del concepto revolucionario de Constitución, la garantía de los derechos, se da por cumplido con la codificación del derecho privado. Éste es un producto sólido y duradero, como también lo será un régimen jurídico de especialidad administrativa, “que permanece”, por decirlo con la conocida observación de Otto Mayer. Esto es así hasta el punto de que no es irrazonable poner en tela de juicio el éxito del constitucionalismo, en tanto que idea *fuerte* de limitación del poder por el Derecho, durante la experiencia europea decimonónica.

La “huída de Constitución” a la hora de positivizar los derechos, esto es en el momento de conferirles efectividad mediante el establecimiento de garantías y mediante la disposición estructural de los poderes, es lo que priva de sentido hablar de un Derecho Constitucional en Europa durante el siglo XIX.

Y a la inversa, la ausencia de esa reducción de los derechos a una esfera civil/privada, la sede constitucional de positivización y garantía de los mismos, propicia en Norteamérica una resolución de “casos y controversias”, que se vale de un razonamiento genuinamente jurídico-constitucional.

El mundo del Derecho y el mundo de la Constitución tienden a separarse en Europa; las discusiones pasionales de teoría constitucional ceden paso a una teoría rígida y formalista *del Estado*, que será campo acotado de los iuspublicistas. Un estudio del fenómeno de la codificación, Giovanni Tarello, mantiene, en términos tajantes, que el constitucionalismo moderno

aparece en la cultura jurídica con la experiencia norteamericana. Y lo razona así:

“Una estructura organizativa jurídica puede llamarse ‘de Derecho Constitucional’ (en sentido moderno) cuando presenta tres elementos, a saber: *i*) organización del poder político en función de la tutela y garantía de unos derechos asumidos como preexistentes, y con el límite de la inviolabilidad de tales derechos; *ii*) carácter individual, y no corporativo, de los derechos tutelados; *iii*) implantación de dos niveles de legalidad jerárquicamente relacionados: la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria”⁵⁴.

En la experiencia europea se da, aunque en términos muy matizados el punto *ii*), pero es muy dudoso que se dé el *i*), y falta, desde luego, absolutamente el requisito *iii*).

Tomás y Valiente, en uno de sus escritos publicado con carácter póstumo, contempla el problema de manera más matizada, y en términos de la por él llamada *cultura del constitucionalismo*:

“Hubo una cultura predominantemente política de la Revolución francesa, y hubo una cultura jurídica de la Revolución americana como sustrato predominante de aquella revolución constitucional. Entre los tres vértices del triángulo formado por Gran Bretaña, Francia y los nacientes Estados Unidos hubo corrientes de pensamiento comunes, como el iusnaturalismo y la doctrina de los derechos naturales. Pero por debajo de influencias circulares entre Francia y la Unión, John Phillip Reid ha puesto de manifiesto la mayor y más profunda relación de dependencia de la *culture of constitutionalism* norteamericano con la historia tradicional británica y con algunos de sus principios en ella destacados, como su judicialismo y la finura de un sentido jurídico pragmático y casuístico que informa el constitucionalismo anglosajón”⁵⁵.

⁵⁴ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bolonia, Il Mulino, p. 561.

⁵⁵ Francisco Tomás y Valiente, voz “Constitución”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, eds. Tomo la referencia de Bartolomé Clavero, Tomás y Valiente. *Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 213-214. Por su parte, la

Es la “cultura del constitucionalismo” la que, manifiestamente, languidece en la experiencia europeo-continental del XIX. La idea de los límites del poder queda desplazada por el concepto de una representación nacional como poder omnímodo; la sujeción constitucional de la Nación deviene una “contradicción en los términos”, y la Constitución se transforma en documento esencialmente maleable, e incapacitado para encauzar en modo alguno la expresión de la voluntad representativa.

En una ciencia de la Constitución como “biblioteca pendiente de reorganizarse”, suele llamarse a esta deriva europeo-continental constitucionalismo de *inspiración jacobina*, como algo contrapuesto a un constitucionalismo de *inspiración anglosajona*⁵⁶.

Pero no es el nombre lo que importa. Lo decisivo es que, con el dogma de la omnipotencia del legislador, el componente garantista de la Constitución, y la “idea fuerte” del constitucionalismo, como límite del poder, quedan falseados. La adulteración se verifica a través de diversos frentes:

- a) abandonada la idea de límite, la Constitución deja de ser *Ley fundamental*, y queda degradada a la condición de mero “marco para el ejercicio del poder”, una simple exteriorización del modo de ser del poder soberano.
- b) el arrinconamiento del componente contractual-individualista, implícito en las construcciones iusnaturalistas de los *droits de l’homme*, deja a éstos desprovistos de garantía. En la medida en que la Constitución menciona los derechos, si es que lo hace, no son más que mudables autolimitaciones del poder soberano.
- c) el Estado con Constitución pasa a ser *Estado de Derecho* (*Rechtsstaat*), un Estado que persigue sus fines, y actúa,

referencia de Tomás y Valiente a la obra de Reid lo es, a buen seguro, al monumental estudio de éste *Constitutional History of the American Revolution*, 4 vols., Madison, 1986-1993.

⁵⁶ Augusto Barbera y otros, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 6 y ss.

sólo de conformidad con el derecho, pero donde los límites se muestran más bien como autorrestricciones revocables.

d) la Constitución deja de ser garantía de unos derechos previos, que se prescriben, para convertirse en descripción del orden institucional. Sólo un correcto funcionamiento de éste permite *adicionalmente* garantizar las posiciones jurídicas subjetivas atribuidas al individuo por el Estado.

Los distintos frentes a través de los cuales se verifica el falseamiento de la idea constitucional, concretados por Rebuffa en los extremos que, más o menos, acabamos de señalar⁵⁷, son reconducibles, si bien se mira, a un solo término que puede explicarlo todo. Me refiero, claro está, al empeño por hacer operativa una idea que se presenta siempre en conjunción problemática con respecto al constitucionalismo.

Se trata de la soberanía, esa fuerza desnuda, descrita por Bodino como *puissance absolue et perpétuelle*, “no limitada ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”⁵⁸, de la que se ha dicho irónicamente que sobrevive, tras sucesivos *aggiornamenti*, como “un homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los sistemas constitucionales de nuestros días”⁵⁹.

El ideal constitucional resulta inconciliable con un poder, ni siquiera “dormido”, que sea, a la vez, indiviso, incondicionado, ilimitado, y con capacidad para violar, creando uno nuevo, el derecho existente. Según la famosa expresión de Kriele, “la idea de un poder soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional”⁶⁰.

El potencial destructor de la soberanía fue apreciado perfectamente en un momento clave de la historia constitucional

⁵⁷ Cfr. G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismi*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 43 y ss.

⁵⁸ Bodino, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1986, Cpt. VIII del Libro Primero.

⁵⁹ Luigi Ferrajoli, “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”, en R. Bellamy, ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty*, cit., pp. 151 y ss.

⁶⁰ Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 151.

inglesa. En 1628 correspondió a Edward Coke defender ante la Cámara de los Lores la *Petition of Rights* en cuya redacción él mismo había intervenido. La Cámara pretendía añadir al Documento una cláusula para proteger la soberanía del Rey, sobre la base de que en sus manos estaba “*the protection, safety and happiness of the people*”. Esto formaba parte del juramento que los Reyes prestaban al acceder al trono (*to hold and keep the laws and righteous customs which the community of the realm shall have chosen*), con el preciso objetivo de circunscribir la discreción regia al marco de las “antiguas leyes y costumbres”. Coke, el juez del célebre caso del Dr. Bonham (1610), en el que el Tribunal se atrevió a poner coto a las facultades del Parlamento (“*In many cases the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*”)⁶¹, tuvo que utilizar ahora sus dotes persuasorias contra las facultades del Rey, y en favor del derecho:

“Sé que la prerrogativa - dijo Coke - es parte del derecho, pero el concepto de poder soberano no forma parte del léxico parlamentario. En mi opinión debilita la Carta Magna y los estatutos; ambos son absolutos, sin ninguna salvedad de ‘poder soberano’, y si ahora acogemos el concepto estaremos socavando los fundamentos de la ley, y afrontaremos el riesgo de que se venga abajo el edificio entero. Prestemos atención a lo que añadimos. *La Carta Magna es algo tan nuestro que no necesita de ningún poder soberano*”⁶².

Parafraseando a Coke, podríamos decir algo muy parecido: una Constitución asentada y en disposición de desplegar su fuerza normativa, ninguna necesidad tiene de la fuerza

⁶¹ Cfr. Juan Manuel López Ulla, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 30 y ss.

⁶² Cit. en Arthur Goodhart, *Law of the Land. Magna Charta Essays*, Charlottesville, The University Press of Virginia, p. 68.

devastadora un poder soberano. El mal genético de que adoleció el llamado constitucionalismo “de inspiración jacobina” fue la pretensión de conciliar lo inconciliable.

El siglo XIX europeo asiste así a una desintegración del Estado constitucional, sometido a una polarización creciente entre los dos principios de soberanía democrática y soberanía monárquica, que se enfrentan irreductiblemente⁶³. Los remedios a dicho mal genético, la soberanía “compartida” de la Restauración, y la entronización del Estado como persona jurídica dotada de voluntad autónoma, serán, al cabo, paliativos poco eficaces, que arrojarán como resultado un largo período de oscurantismo constitucional.

Positivismo *versus* constitucionalismo

Junto al pesado lastre de la soberanía, con sus terribles dilemas, un segundo factor que no favorece precisamente la implantación de una genuina cultura constitucional en la Europa del XIX, es el persistente influjo de una concepción de lo jurídico de corte rigurosamente positivista.

Bajo el manto del término “positivismo”, se aúnan, como ha mostrado Bobbio, al menos tres doctrinas diferentes⁶⁴. Una primera, parte de la premisa epistemológica de que la ciencia del Derecho, a semejanza de las ciencias empíricas, ha de evitar cualquier sello de índole metafísico en sus fundamentos. La ciencia del Derecho tiene que describir el ordenamiento tal como es, evitando juicios de valor que conduzcan a éste hacia el mundo del deber ser. Se trata, en otras palabras, de la pretensión de construir una teoría jurídica “pura”, desbrozada de cualquier elemento espurio. Una segunda doctrina, o cuerpo de doctrinas positivistas, se funda en una representación del sistema jurídico, conforme a la cual el Derecho es un producto de la voluntad humana y, en

⁶³ Cfr., de nuevo, Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit., p. 391

⁶⁴ cfr. Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Ed. di Comunità, 1972, pp. 103 y ss.

último análisis, de la voluntad del soberano. Por fin, la tercera de las corrientes del positivismo cuaja en una ideología que defiende el derecho positivo como una orden que debe ser acatada, cualquiera que sea su contenido, pretensión que suele presentarse con la caricaturesca fórmula germana *Gesetz ist Gesetz*.

Cada una de las tres corrientes sucintamente descritas resulta difícil de conciliar, como ha mostrado Troper, con la doctrina del constitucionalismo⁶⁵. La ideología positivista difícilmente puede tener encaje en una doctrina que sólo considera como legítimo al Gobierno constitucional, es decir, uno fundado en determinados principios, y en el seno del cual la obligatoriedad de la orden jurídica se basa no sólo en la conformidad de la misma con respecto a los presupuestos procedimentales recogidos en la Constitución, sino además con la propia conformidad constitucional de sus contenidos.

El positivismo es una teoría del Derecho que critica las diferentes versiones de su doctrina opuesta: el iusnaturalismo. Para éste, por encima del derecho positivo, producto de la voluntad humana, hay un derecho superior, resultado de la voluntad de Dios, o inscrito en la naturaleza de las cosas. Tal Derecho Natural resulta cognoscible a través de la razón, y es competencia de los juristas descubrirlo. Por otra parte, es algo diferente de la moral, y se impone a los destinatarios de la orden jurídica precisamente debido a la conformidad de la orden con los postulados del Derecho Natural.

Tales son los aspectos centrales que el positivismo combate. En su versión más rigurosa, éste sostiene que el Derecho Natural no existe; en sus versiones más moderadas, que no es cognoscible. De un modo u otro, la consecuencia es que hay que atenerse a lo empíricamente comprobado como existente, es decir, un derecho positivo que toma su validez del procedimiento de emisión, y no de su compatibilidad con cualquier derecho superior.

⁶⁵ Michel Troper, *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, París, PUF, 1994, Cpt. XIII («Le concept de constitutionalisme et la théorie moderne du droit»).

Ya hemos visto que el constitucionalismo aparece, por el contrario, estrechamente vinculado al iusnaturalismo. Se trata de un vínculo histórico, pero también de carácter lógico. Es verdad que la garantía de los derechos, como núcleo de la idea constitucional concretada en un documento escrito, no necesita de ningún Derecho Natural racional para sustentarse. También el positivismo puede defenderlos en la misma medida en que, mediante su reconocimiento explícito, han pasado a ser objeto de las disposiciones constitucionales, esto es, derecho positivo.

Pero hay una cuestión de difícil respuesta desde los postulados positivistas. Se trata de la cuestión del fundamento del carácter obligatorio de la Constitución y, por consiguiente, de los derechos. La Constitución viene a expresar la voluntad del poder constituyente, pero ninguna norma de derecho positivo prescribe tal conformidad. El positivismo se ve así obligado a recurrir a una forma de razonamiento hipotético: si la ley vale porque es conforme con la Constitución, entonces necesariamente hay que suponer que la Constitución es una norma obligatoria. Este es el “salto” operado por la famosa “norma fundamental hipotética” kelseniana, sobre la que habremos de volver. Baste por ahora con decir que el positivismo sustituye una teoría del fundamento del carácter obligatorio del derecho, por una hipótesis acerca de su obligatoriedad.

El constitucionalismo va más allá. La Constitución nace con una vocación de obligatoriedad que es perdurable sobre la voluntad de quienes contribuyeron a su aprobación. Su autoridad se funda en el contenido, no en la voluntad de quienes la aprobaron. Ésta es circunstancial y pasajera; se limita a recoger la voluntad política de un momento - lo que no justificaría la pretensión de validez en el futuro - pero con un contenido que trasciende la voluntad de las generaciones vivas y se dirige a un fin: el de llevar a cabo unos objetivos justos, justos por naturaleza, que pueden concretarse en la salvaguarda de la libertad política. A ese objetivo, que es tanto como decir defensa de la dignidad de la persona y de su libre autodeterminación, se

enderezan las disposiciones de estructura de la Constitución, así como las referentes a sus principios “dogmáticos”.

El constitucionalismo se afirma, pues, como prescripción, y la superioridad de la Constitución, el fundamento de su validez, radica precisamente en su pretensión de instaurar un orden justo. Como dice esquemáticamente Matteucci, es en la “ciceroniana” *recta ratio*, y no en la “bodiniana” *puissance*, donde radica el fundamento último de la orden jurídica⁶⁶.

El mismo autor, con largo tracto histórico, describe la suerte política del positivismo en los siguientes términos:

“El positivismo jurídico representará justamente la toma de conciencia de una nueva realidad emergente: el Estado soberano (...). El positivismo jurídico es ciencia en la medida en que, para él, todo se concentra en la ley, un nuevo hecho. Y es también ideología, en cuanto que confiere a la ley una posición privilegiada: la de fuente de las fuentes. La toma de conciencia del Estado moderno es históricamente actual y políticamente vital, pues proporciona a los hombres la necesaria autoconciencia crítica de su tiempo, y los instrumentos políticos y científicos para actuar sobre éste. Para llegar a esto fue necesaria una profunda revolución espiritual, cuyas raíces pueden ser de índole teológico-religioso. Pero el tránsito desde una concepción racionalista de la justicia a una voluntarista se iniciará con aquellos juristas que empiezan a ver en las todavía escasas leyes del Rey o del Parlamento no ‘declaraciones de voluntad’ que hay que interpretar hacia el fin de la justicia, sino *mandatos* que es preciso analizar de una forma lógica. Este tránsito llega a su cumbre en la compleja fase de las codificaciones (...) y toca el fondo de la parábola descendente hoy, cuando la ley ha perdido sus antiguas características y ha pasado a ser expresión de una voluntad puntual y contingente, de manera que no se gobierna según la ley, sino que se gobierna legislando”.

⁶⁶ Nicola Matteucci, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Procesuale Civile*, 1963, pp. 985 y ss.

Lo extensísimo de la cita creo que está justificado por la expresividad con que aparecen condensados varios siglos de avatares de pugnas políticas y teorías del Derecho. Corresponde ahora contemplar un poco más de cerca el momento de la apoteosis del positivismo, con sus dogmas (primacía de la ley, ausencia de límites jurídicos al poder soberano, reducción del juez a una máquina dispensadora de silogismos, etc.), y su materialización en una fórmula, la del Estado de Derecho, a cuyo socaire cobrará carta de naturaleza nuestro Derecho Público.

Debates en torno a la estabilidad laboral de los agentes contratados por la administración pública nacional

*Discussions around the labor stability for
the contracted workers of the National Public
Administration*

*Debates sobre a estabilidade de agentes
contratados pela administração pública nacional*

*Discussions sur la stabilité des agents contractuels
de l'administration publique nationale*

国家公共行政部门签约代理人可能的稳定

*Adolfo Nicolás Balbín*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 105-142

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e301>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2927-2918>

Recibido: 05/03/2019

Aprobado: 17/06/2019

Resumen: En el presente trabajo se analiza el empleo público nacional con especial referencia al caso vinculado a los agentes contratados, y el análisis de la variable estabilidad, para poder estudiar, Constitución de la Nación mediante, la posibilidad cierta de reconocerle el derecho a la propiedad en el puesto de trabajo, a aquellas personas que, vinculadas jurídicamente con el Estado, hubieran celebrado con el mismo un vínculo jurídico de prestación personal que, desde su inicio, o bien, en el desarrollo posterior, se hubiese tornado contrario a la ley. Desde este punto, la hipótesis central del artículo escrito, lejos de negar la posibilidad de que el Estado nacional contrate a personas para desarrollar tareas que

¹ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com

no respondan a una necesidad permanente, es concebir que aquellos que hubieran sido contratados en fraude al ordenamiento jurídico, y destinados, por ende, a desempeñar tareas ordinarias para el órgano o dependencia, pueden reclamar el reconocimiento de su derecho a la estabilidad, que supone, en el mejor de los casos, la solicitud tendiente a que se lo reincorpore a su lugar de trabajo. En este paper se trabaja con una mirada constitucional de las relaciones que pueden establecerse entre el derecho del trabajo y el derecho administrativo.

Palabras claves: Agente contratado-estabilidad en el empleo-fraude a la ley.

Abstract: In this paper the national public employment is analyzed with special reference to the situation of contracted agents, and the analysis of their stability, to study, with the Constitution of the Nation in sight, the certain possibility of a right to property in the job recognition, for those persons who, legally linked with the State, had celebrated with it a legal bond of personal benefit that, from its beginning, or afterwards, became contrary to the law. From this point, the central hypothesis, far from denying the State the possibility of hiring people to develop tasks that do not respond to a permanent need, is to conceive that those who had been hired in fraud to the legal system, and destined, therefore, to perform ordinary tasks for the organ or agency, can claim the recognition of their right to stability, which, in the best case, implies the request to be reinstated to their place of work. This paper works with a constitutional view of the relationships that can be established between labor law and administrative law.

Keywords: Contracted agent-employment stability-law fraud

Resumo: Neste trabalho analisa-se o emprego público nacional com especial referência ao caso vinculado aos agentes contratados, e a análise da variável estabilidade, para poder estudar, Constituição da Nação mediante, a possibilidade certa de reconhecer o direito à propriedade no posto de trabalho, para àquelas pessoas que, legalmente ligadas com o Estado, tivessem sido celebrados com ele um vínculo jurídico de benefício pessoal que, desde seu início, ou bem, no desenvolvimento subsequente, se tivesse voltado contrário à lei. A partir deste ponto, a hipótese central do artigo, longe de negar a possibilidade de que o Estado nacional contrata pessoas para desenvolver tarefas que não respondem a uma

necessidade permanente, é conceber que aqueles que foram contratados em fraude ao sistema legal, e destinados, portanto, a realizar tarefas ordinárias para o órgão ou agência, podem reivindicar o reconhecimento de seu direito à estabilidade, o que significa, na melhor das hipóteses, o pedido tendendo a ser devolvido ao seu posto de trabalho. Neste artigo trabalha-se com uma visão constitucional das relações que podem ser estabelecidas entre o direito do trabalho e o direito administrativo.

Palavras-chave: Agente contratado- estabilidade no emprego - fraude à lei.

Résumé: dans cet article, l'emploi public national est analysé avec une référence particulière au cas de personnel recruté, et à l'analyse de la variable de la stabilité, afin d'étudier, à travers de la Constitution de la nation, la possibilité d'une reconnaissance de propriété des postes de travail aux personnes qui, légalement liées à l'État, ont célébré avec lui un lien juridique personnel qui, depuis sa création ou ultérieurement, serait devenu contraire à la loi. À partir de là, l'hypothèse centrale de l'article, loin de nier la possibilité que l'État national engage des personnes pour développer des tâches qui ne répondent pas à un besoin permanent, est de concevoir que ceux qui ont été embauchés en fraude, et destinés, par conséquent, à accomplir des tâches peuvent revendiquer la reconnaissance de leur droit à la stabilité, ce qui, dans le meilleur des cas, implique la demande de réintégration sur leur lieu de travail. Cet article présente une vision constitutionnelle des relations qui peuvent être établies entre droit du travail et droit administratif.

Mot-clés: fraude à la loi stabilité des agents, l'emploi sous contrat

关键字: 本文对国家公共就业进行了分析, 特别参考了与合同代理人相关的案例, 并对稳定性变量进行了分析, 以便能够研究, 通过国家宪法, 在一定程度上承认财产权。这项工作, 对于那些与国家有法律联系的人, 与其一起庆祝的是个人利益的法律保障, 从一开始, 或在随后的发展中, 就会违反法律。从这一点来看, 书面文章的中心假设, 不是否认民族国家雇用人们发展不能满足永久需要的任务的可能性, 而是要设想那些被欺诈的人带到法律系统, 因此, 注定要为机关或机构执行普通任务, 他们可以要求承认他们的稳定权, 在最好的情况下, 这意味着要求恢复到他们的工作地点。本文的作用是对劳动法与行政法之间可以建立的关系的宪法观点。

摘要: 代理人雇佣, 工作稳定, 欺诈违法。

I. Introducción

En este artículo trabajamos sobre la temática del empleo público, con especial referencia al caso de los agentes contratados de la Administración Pública Nacional.

Sobre esa base, defendemos y tratamos de justificar una tesis central: que aquellas personas que celebraron un negocio jurídico con el Estado a través de la figura de los contratos de empleo –por naturaleza, transitorios o limitados en el tiempo-, y que carecen por esencia del derecho a la estabilidad, pueden reclamarla sin embargo, en aquellos casos en que el Estado hubiese materializado un uso abusivo de aquel instituto.

Para ello, trabajamos permanentemente sobre el derecho administrativo, mas teniendo en cuenta también los trascendentales aportes que al mismo efectúan tanto el derecho del trabajo así como también el derecho constitucional, concatenación que pone al descubierto una vez más, la unicidad del derecho por sobre la pluralidad –valiosa por cierto- de interpretaciones que sobre el mismo se han ido trabajando a lo largo de los años.

Hemos de destacar que, por una cuestión de espacio, decidimos trabajar sobre un tejido jurídico positivo nacional, ello sin perjuicio de que la idea central aquí analizada pueda ser fácilmente trasladable a todos los casos en que se vean involucrados agentes contratados en la órbita estatal.

Refiere esta investigación a la precarización del empleado público que, como práctica extendida, actúa en contra de las personas que hubiesen celebrado algún contrato con el Estado, yendo en contramano del principio de la estabilidad con que matiza nuestra Constitución Nacional a los vínculos de empleo público (artículo 14 bis, primer párrafo).

Tal principio, de naturaleza instrumental –ello al entenderse que a través del mismo, se pueden conquistar otros derechos elementales para el conjunto de las personas que ponen su fuerza de trabajo a disposición de otro-, es unívoco y se define por el hecho de otorgar al agente la propiedad de su puesto de

trabajo y, con ella, la de los derechos que se derivan del buen ejercicio de un puesto dentro del Estado.

Contrariamente al mismo, se ha extendido la utilización en ocasiones abusiva de la figura de los contratados de la Administración Pública, cuya naturaleza tiende –como será desarrollada *in extenso* en las páginas que siguen-, a satisfacer una necesidad limitada (en el tiempo y en los hechos) del Estado. Subrayamos que nuestra posición no radica en criticar todos los casos en que se hubiera hecho uso de la figura de los contratados, sino únicamente la práctica por la que se pretende utilizar de manera desproporcionada y *contra legem* la misma.

En pos del objetivo general antes trazado, atravesamos por diversos apartados que pretenden exponer las ideas centrales sobre las que se afinca esta investigación. Para ello, abordamos desde la noción de empleo público y la figura de los agentes contratados junto con la práctica de su precarización (con especial énfasis en la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional), hasta el trabajo sobre el principio de la estabilidad y las diversas aristas sobre las que entendemos se puede construir una tesis crítica en orden al tópico central aquí analizado.

II. La actuación del Estado. Órgano, cargo, oficio y agente

Podemos decir que si el Estado es una persona jurídica pública, de existencia necesaria, con una sola y única personalidad y que, como tal, solamente puede actuar por medio de las personas físicas a las que se le confiere determinado rol y atribución, resulta normal que surja la pregunta tendiente a dilucidar el motivo por el que los actos de esas personas aparecen como manifestando la voluntad del Estado y resultan imputables al mismo.

Al respecto, fueron construidas tres teorías, aunque actualmente una sola de ellas tiene prevalencia. Así, en los dos primeros niveles nos encontramos con la teoría del mandato –según la cual las personas físicas que actúan como agentes del Estado

son simples mandatarios de la persona jurídica estatal- y la de la representación –conforme a la que las personas jurídicas (y entre ellas el Estado), al carecer de voluntad, son representadas por personas físicas a quienes se le atribuye esa función, siendo la ley la que establece el cumplimiento de tal cometido-; ambas pasibles, sin embargo, de la misma crítica, afincada ella en el hecho de que, por su conducto, no se termina de comprender cómo el Estado, careciendo de voluntad, pudo haber llegado a designar a sus primeros representantes.

En orden a ello, es que surgió una tercera tesis, en este caso la del órgano, que parte del supuesto de que la voluntad es un atributo inherente a las personas físicas, las únicas capaces de querer, razón por la que al disponerse la organización del Estado, se previó qué personas físicas tendrían el encargo de expresar una voluntad que sería imputada al ser colectivo. El órgano así entendido, no es un ente extraño a la persona jurídica, ni un sujeto diferente de ella, sino que, contrariamente, forma parte de la misma; aquel nace con la persona jurídica pero, en el caso del Estado y sus órganos, componen una sola unidad, que no puede diferenciarse ni escindirse en sí misma. La teoría del órgano es la que prevalece hoy día (Comadira, 2018:205).

En relación a la última tesis, expresa Comadira que el funcionamiento del órgano combina un conjunto de elementos estáticos con otros dinámicos; algunos institucionales jurídicos, con otros personales o físicos, aclarando que: “Son las personas físicas, más el aditamento de las atribuciones que le son conferidas y los medios que le son otorgados para su correcto ejercicio, las que dan razón, en su conjunto, a que se pueda sostener que existe, realmente, un órgano de la Administración” (2018:207).

Sayagués Laso, al exponer sobre el elemento del órgano “voluntad humana”, da cuenta que las voluntades humanas que encuadrándose en las formas establecidas, ponen en movimiento los conjuntos de atribuciones individualizadas de las personas jurídicas, constituyen el elemento que da vida y acción a los órganos. El ser humano titular del órgano, cuando actúa como tal, expresa una voluntad que vale como voluntad del órgano

y, por lo tanto, los actos que realiza, se imputan a la persona jurídica a la que pertenece aquel. Y agrega que el ser humano, aunque absorbido por el órgano cuando actúa como titular del mismo, no pierde su calidad de persona, de sujeto titular de toda clase de derechos y obligaciones; aclarando que lo que sucede es que su voluntad desempeña un doble papel: como expresión del querer de sí mismo, en cuanto ser humano y por lo tanto persona, y como expresión del querer de la persona jurídica cuyo órgano integra (1974:187).

En el tema actuación del Estado, debemos unir el concepto de órgano que antes se explicó, a otros también fundamentales, como son las nociones de cargo, oficio y agente público.

Siguiendo a Comadira, podemos decir que por “cargo” debe entenderse el lugar o la posición que un sujeto ocupa dentro de un órgano determinado, no solo estática, sino también dinámicamente, es decir, funcionalmente. Cada cargo tiene una actividad especialmente fijada, un conjunto de atribuciones y deberes, y es individualizado por una denominación que permite clasificarlos y distribuirlos en el conjunto orgánico, agregándose que si los órganos tienen formas que pueden ser variables, los cargos, en cambio se caracterizan por responder más a un patrón fijo y estable² (2018:208).

Asimismo, siguiendo con el autor antes citado, diremos que “oficio” puede ser entendido de dos maneras diferentes: “como la obligación de una persona determinada de realizar cierta función del Estado o como una porción funcionalmente precisada de asuntos o cuestiones estatales, es decir, como un complejo ideal de atribuciones y poderes” (Comadira, 2018:208).

Para completar este apartado, es muy importante introducir la noción de agente público. Respecto a dicho término,

² Esto en general, sin perjuicio de lo cual nos parece importante destacar que, en la hora que corre dentro de la organización administrativa, los cargos pierden, en ocasiones, este carácter estable del que habla Comadira, concepto que nos sirve para distinguir –en un inicial aspecto-, tal componente del órgano, ello aún (se reitera), de que tengamos necesariamente que adoptar ese criterio no de manera rígida, sino más bien como lineamiento general en la definición y comparación, efectuadas.

podríamos citar una discusión teórica que se ha dado en la doctrina administrativista, en cuanto algunos trataron de distinguir al empleado público del funcionario público, aunque sin demasiado éxito en la teoría o práctica del derecho, ello contra una tesis contraria. En dicha senda, los defensores de aquella distinción, señalaron que mientras los funcionarios eran los encargados de decidir, en calidad de representantes de la voluntad del Estado, los empleados estaban llamados a ejecutar, realizando los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios.

Rafael Bielsa, alineado en esa postura, manifestó que en la actividad administrativa intervenían dos clases de órganos, lo que daba origen también (según expresó), a la distinción entre funcionarios y empleados. Los primeros deciden, y los segundos ejecutan, entendía. Amén de ello, agregó que esta distinción de carácter metódica no significaba que la separación de esos actos determinase en todos los casos la intervención de dos órganos, porque a veces podía realizarlo un solo funcionario (1955:77).

Más otro sector de la doctrina, cuyas opiniones compartimos, desmiente esa distinción basada en un aspecto meramente funcional o material, a la par que defiende la idea de que tanto los empleados como los funcionarios deciden y ejecutan en el cotidiano de su desempeño, ello aun cuando se puedan encontrar naturales diferencias en sus tareas o nivel de responsabilidad. En esa línea, señala Gordillo que aquella diferenciación fundada en el supuesto poder decisorio dista mucho de tener sustento jurídico o real, ya que no es posible hallar agente alguno de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar; a lo que suma dicho autor que en el derecho positivo argentino y supranacional no se hacen diferenciaciones entre funcionarios y empleados, sino que por el contrario se establece que todos los agentes de la Administración tienen la misma calificación jurídica (Gordillo, 1997:XIII-2).

III. El empleo público nacional. Definición general. Naturaleza. Empleo público y empleo privado. La Ley 25.164: el especial caso de los contratados

Siguiendo la línea del apartado anterior, y complementándola, señalaremos que en cuanto a la noción del órgano (u órganos) como motor para el cumplimiento de la función estatal –subordinada, en todos los casos, al ordenamiento jurídico-, cabe mencionar que los mismos son personas de existencia ideal, que no pueden actuar y desenvolverse por sí mismos, sino que requieren de la presencia de personas físicas, por medio de las cuales poder llevar a cabo la actividad que les es atribuida.

En ese marco, aparece la figura del empleo o función pública (antes dijimos, rememorando a Gordillo -con el que coincidimos-, que no estamos de acuerdo con elaborar distinciones tajantes entre las figuras de empleado o funcionario), la que se define como la vinculación que se establece cuando una persona es investida por la Administración Pública, conforme a los procedimientos o modalidades legales que correspondan, para el desempeño de una función o empleo público, que acepta cumplir voluntariamente, con cierta permanencia, y por lo general de manera remunerada (Comadira, 2018:990).

A su respecto, según los límites de este trabajo, debemos tener en cuenta especialmente la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional nro. 25.164³, que en su artículo séptimo dice que el personal podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores⁴.

De tal manera, se observa que la ley de mención ha destacado al empleo público como el género, pero exhibiendo

³ B.O 08/10/1999.

⁴ Como lo dice el profesor García Pullés, el artículo 7mo. recoge un avance que el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública había marcado respecto del régimen del Decreto 6666/1957, en el que no se contemplaba claramente la situación de los contratados, del personal transitorio, de los agentes de gabinete, ni de los empleados *ah honorum* (*Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, página 144).

también a sus especies: personal permanente, contratado, de gabinete y *ad honorem*.

A su respecto, y en materia de contratados, el artículo noveno prescribe que: “El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado *comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales*, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y *que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente*. El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo. Dicho personal será equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo. La Ley de Presupuesto fijará anualmente los porcentajes de las partidas correspondientes que podrán ser afectados por cada jurisdicción u organismo descentralizado para la aplicación del referido régimen” (la cursiva no pertenece al original)⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable considerar que el empleo público en el orden nacional, se desmembra en dos regímenes generales: uno es el de la Ley 25.164, a que antes hicimos referencia, y que resulta propio del derecho público; y el otro es el consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo

⁵ Por su parte, el Decreto Reglamentario nro. 1421 del 08/08/2002, contiene disposiciones como la que siguen (parte pertinente), artículo 9°: “El régimen de contrataciones comprende la contratación por tiempo determinado y la designación en plantas transitorias, y estará sujeto a las siguientes previsiones: a) El personal *será afectado exclusivamente a la realización de actividades de carácter transitorio o estacional, que resulten necesarias para complementar el ejercicio de las acciones y competencias asignadas a cada jurisdicción o entidad descentralizada* (...). Las actividades de carácter transitorio estarán referidas a la prestación de servicios, asesoramiento técnico especializado, coordinación y desarrollo integral de programas de trabajo y/o proyectos especiales o para atender incrementos no permanentes de tareas. (...). d) *El personal sujeto al régimen de contrataciones y el incorporado a plantas transitorias, carecen de estabilidad y su contrato puede ser rescindido o la designación en la planta transitoria cancelada en cualquier momento*” (la cursiva no pertenece al original).

nro. 20.744⁶, y sus normas complementarias, que vertebran el régimen de los contratados en el ámbito del derecho privado⁷. Aunque los dos sistemas difieren sustancialmente, ambos regímenes coinciden en el sentido de resultar generadores de una relación laboral entre el Estado empleador y sus dependientes contratados.

A su respecto, el artículo noveno de la Ley 25.164 –que antes transcribiéramos–, prevé un régimen de trabajo por tiempo determinado, que comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera y que no pueden ser cubiertos por personal de planta permanente.

Por otra parte, si bien cada una de las modalidades previstas en la Ley Marco merece un tratamiento diferente en cuanto a los derechos y obligaciones específicas de cada una de ellas, parece claro que el régimen de la estabilidad es el más beneficioso para el trabajador, toda vez que otorga derechos que para otras modalidades se deniegan, como son: la propiedad en el cargo, la asistencia social continuada, la igualdad de oportunidades en la carrera, compensaciones, indemnizaciones y subsidios, etc. (García Pullés, 2017:157).

IV. El derecho a la estabilidad laboral como garantía de los trabajadores. Definición general y algunos efectos

Se puede denominar a la estabilidad como uno de los principios más destacables del derecho del trabajo (y con notoria

⁶ B.O. 27/09/1974.

⁷ De cualquier forma es valiosa la opinión que Gordillo expuso con respecto a este punto, en el sentido de que según él, la relación entre el agente y el Estado no es nunca solo de derecho privado, sino siempre, a lo sumo, mixta, agregando que la afirmación consistente en estudiar a ciertos trabajadores vinculados con el Estado como de derecho privado, refiere más que nada a la no aplicación de principios propios del derecho público, tales como las incompatibilidades, prohibiciones, etc., y a la aplicación de algunos principios del derecho privado, como ser una distinta estabilidad (dejamos a salvo una aclaración posterior con relación a lo último), reconocimiento del derecho de huelga, entre otros (1997, XIII-14).

incidencia en el derecho administrativo), de carácter instrumental, que otorga al trabajador la potestad de conservar su puesto de trabajo y con él, los derechos que del mismo se desprenden (como así también las obligaciones), fijándose un límite infranqueable al empleador, respecto de la maleabilidad del contrato de trabajo, en base a las reglas protectorias emanados de la normativa de jerarquía fundamental.

En su relación con el empleado público, implica el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos o por causas legalmente previstas⁸. Miriam Ivanega considera que este derecho comprende la atribución del agente público de conservar su empleo, el nivel escalafonario alcanzado y avanzar en la carrera administrativa, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y promoción establecidas en el régimen jurídico aplicable, y mientras no existan causales legítimas para extinguir la relación jurídica (2009:140).

Al respecto, la Carta Iberoamericana de la Función Pública establece como uno de sus criterios, la estabilidad del agente público y la protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración indefinida o temporal que se establezca⁹.

En la misma senda, ahora en materia de responsabilidad laboral, el mentado instrumento internacional establece que el mero cambio de gobierno o la concurrencia de circunstancias o decisiones de exclusiva apreciación discrecional no podrán

⁸ Como lo señalan Marcelo Abal y Ricardo Sotura, el sistema de la estabilidad tiene su origen histórico en la experiencia de Estados Unidos, más precisamente en la necesidad de superar el *spoil sistem*, o sistema de despojo, por el cual cada gobierno entrante quitaba al saliente la inmensa mayoría de los cargos públicos, en consonancia con la concepción jeffersoniana de la democracia, según la cual las tareas propias del empleado público eran tan sencillas que cualquier persona normal podía realizarlas, por lo que carecía de sentido auto obligarse a gobernar con agentes puestos por otras administraciones, cuando bien podía hacerse con una mayoría abrumadora de los propios, con mayor predisposición y compromiso para con la gestión ("Agentes contratados por la Administración Pública nacional. Derecho a la estabilidad", LL, nro. 2009 C, páginas 1134-1147).

⁹ Capítulo segundo, punto 7, apartado c. Instrumento disponible [on line] en el siguiente enlace: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf> (fecha de consulta febrero de 2019).

ser, por sí mismas, causas suficientes para justificar despidos o rescisiones de empleo, agregando que cuando se establezca la posibilidad de despido por incapacidad manifiesta o bajo rendimiento, se crearán los mecanismos necesarios para garantizar la acreditación objetiva de tales circunstancias. Menciona además que cuando exista la posibilidad de rescindir, individual o colectivamente, la relación de empleo de los empleados públicos por razones técnicas, económicas u organizativas que obliguen a la amortización de puestos de trabajo, la concurrencia de dichas causas deberá ser objetivamente acreditada mediante procedimientos dotados de las garantías necesarias¹⁰.

A su vez, en cuanto a las regulaciones específicas de la función directiva, se estableció que se debían incorporar reglas de permanencia que vinculen a la misma con los resultados de gestión, y establezcan alguna clase de protección frente a la destitución arbitraria¹¹.

Toda la anterior discusión se dio en un terreno en donde ya había entrado en vigencia la reforma constitucional del año 1957, y su protagonista en materia de derechos sociales, el artículo 14 bis.

En él, se consagró el derecho a la estabilidad con un alcance dual, que dio paso a una larga discusión entre los especialistas de la materia y el trabajo de los magistrados que, en la mayoría de los casos, terminó con una interpretación muchas veces acotada a su respecto. Así, del texto de la norma se desprende expresamente la estabilidad para los empleados públicos y, en cuanto a la actividad privada (además de consagrarse la estabilidad para los representantes gremiales), se la intentó vincular con la protección contra el despido arbitrario.

Esta distinción surgida de la Convención Constituyente de 1957, dio paso para que en la doctrina se elaborase una muy particular clasificación de la estabilidad. Así, se dijo que

¹⁰ Artículos 45 y 46.

¹¹ Artículo 56, punto cuarto.

persistirían varios tipos de estabilidad: una de carácter absoluto –que impide la extinción del vínculo, salvo causa debidamente justificada-, y otra de carácter relativo, última ésta que a su vez fue sub clasificada como propia e impropia y que, en lo sustancial, echaría las bases de un sistema consagratorio del cuasi libre despido.

Más allá de los intentos doctrinales canalizados en los anteriores andariveles, estamos seguros de que esa creación terminológica solo sirve para aproximar la idea de estabilidad relativa al campo de la legitimidad, y que en verdad, por detrás, se está tratando de encontrar argumentos para poder maniobrar en beneficio del sujeto apropiador de la fuerza de trabajo, en base a un sistema normativo que le permite y justifica sin mayores resquicios, proceder a violentar a una persona en apariencia igual y libre (negocialmente), partiendo de la facultad que se tiene para poder despedir sin causa justificada a los trabajadores a cargo (conf. art. 245 Ley de Contrato de Trabajo nro. 20.744).

V. Recepción legal de la estabilidad del empleado público en la Administración Pública Nacional. Algunas líneas

Respecto a la Ley 25.164, su artículo séptimo dice que el personal podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores, y que la situación del personal designado con carácter ad honorem será reglamentada por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las características propias de la naturaleza de su relación. Por otra parte, se agrega en su artículo octavo que el régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto¹².

¹² En su parte final, el artículo octavo establece que: “La carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios

En la misma senda, el artículo 27 preceptúa que el personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la ley de cita, y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas (y) en las condiciones que expresamente establece la ley.

Asimismo, el artículo 17 fija el alcance del derecho de la estabilidad, al prescribir que el personal comprendido en su régimen tendrá el derecho a conservar el empleo, y el nivel y grado de la carrera. Por su parte, el Decreto 1421/2002¹³, reglamentario de la ley marco, establece que el derecho a la estabilidad comprende la conservación del empleo, la situación escalafonaria alcanzada, en la progresión vertical y horizontal de la carrera administrativa, y la retribución asignada a la misma, mientras no se configuren las causales de cese previstas en el anexo a la ley reglamentaria.

La ley Marco del Empleo Público Nacional, norma algunos requisitos para la adquisición del derecho a la estabilidad. El primero de ellos exige que el potencial agente reúna una serie de atributos personales y profesionales considerados indispensables para el cumplimiento del cometido público al que fuera destinado.

Al respecto, y conforme surge del artículo 16 de la C.N., para ocupar cargos o empleos públicos se requiere la condición de la idoneidad. Según la opinión que en su momento expresara el profesor Miguel S. Marienhoff, la idoneidad trasunta la noción de aptitud, significando pues, la aptitud necesaria para desempeñar cargos públicos, a lo que agregó que la apreciación de la idoneidad a los efectos del nombramiento de empleados

de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven la promoción de los mismos en la carrera" (las comillas no pertenecen al original).

¹³ B.O. 09/08/2002.

o funcionarios públicos, resultaba facultad privativa del Poder Ejecutivo, sobre todo si se tenía en cuenta que la propia y más amplia función de nombrar y no solo de apreciar las condiciones personales del candidato, era por principio, facultad discrecional de la Administración Pública, ramificándose ese orden privativo en dos puntos: 1° establecer objetivamente en la norma los requisitos que acreditarán la idoneidad; 2° a considerar si en el caso concreto concurren o no los requisitos pertinentes (1970:116 y ss.).

En el fallo Madorrán, la CSJN dijo que la estabilidad del empleado público: *“concuera con el art. 16 de la Constitución Nacional dado que, si ha sido respetada, como es debido, la condición de idoneidad que exige esta cláusula para la admisibilidad en los empleos, es razonable pensar que el propio Estado estará interesado en continuar teniendo a su disposición un agente salvo que, si de su conducta se trata, medien razones justificadas de cese”* (consid. 7mo., segundo apartado)¹⁴.

Pero coincidiendo con Miriam Ivanega, diremos que en realidad, la idoneidad es una condición para el ingreso a la Administración Pública cualquiera fuese la relación jurídica, es decir, no es exclusiva del régimen de la estabilidad, sino que los que no gozan de ella también deben ser idóneos para cumplir con la función asignada, ya sea política, administrativa, temporaria o transitoria, etc. (2009:178).

Además de la idoneidad, se deben cumplimentar según la Ley 25.164, otros requisitos a los fines de que el agente pueda gozar de la estabilidad en su empleo. A saber: a.- la existencia de una vacante incluida en la estructura del organismo como de planta permanente o estable, debidamente presupuestada, b.- el ingreso por concurso según el cargo a cubrir en el que se demuestran las condiciones de idoneidad, c.- el acto de nombramiento, y d.- el transcurso del período de prueba.

¹⁴ CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, sent. 03/05/2007, publicada en la colección de Fallos 330:1989.

En relación al primer recaudo -vacante-, es dable mencionar que según algunos autores, dicho punto está sujeto a decisiones de la Administración Pública, capaz ésta de determinar las funciones que merecen ser consideradas como de planta permanente y cuáles no, a lo que se agrega el debido respaldo presupuestario. No obstante esa explicación, que es útil, creemos que para consagrar la estabilidad del empleado público, la decisión en relación a una vacante y su respaldo presupuestario es importante, más no siempre se debe encorsetar ese derecho a tales marcos, sino que en ocasiones puede darse apertura a ciertos efectos de la estabilidad aún sin los mismos, como lo veremos posteriormente.

VI. La precarización del empleo público en el caso de los contratados

No obstante la exposición que antes se efectuó respecto al principio de la estabilidad –con especial referencia a la Ley Marco del Empleo Público Nacional-, el caso de los agentes contratados se transforma en ocasiones en una injusta excepción a la regla estudiada.

Como ya se dijo, nuestra mirada no intenta quebrantar todas las relaciones jurídico laborales que, en la órbita del derecho administrativo, o bien en uso de normativa privada laboral, utilicen la figura de los contratos transitorios como inicio de la vinculación del agente con el Estado. Contrariamente a ello, reiteramos, nuestra crítica se dirige a los casos en que se materializa un uso abusivo de tal figura, intentando ocultar necesidades permanentes tras los mantos de negocios cualificados en esencia por su provisoriedad.

Se conduce de esa manera, a la progresiva flexibilización de las relaciones laborales (para otros, denominado fenómeno de la flexiseguridad), concepto que no solamente rige en materia del derecho del trabajo, sino que también cumple una importante función –o debiera cumplirla-, en el estudio de un derecho administrativo moderno y respetuoso de la Constitución Nacional.

Con el concepto de flexibilización laboral se identifican diversas medidas cuyo denominador común es la desregulación de la gestión personal, ampliación de los poderes de decisión oficial, reducción de las plantas permanentes y el progreso de la negociación colectiva, no general para toda la función pública, sino fragmentada por ramas o departamentos (Ivanega, 2009:207).

Uno de los supuestos que se incluyen en esa concepción es el de la precarización laboral, que engloba todos los tipos de contratación de personal que, bajo las denominaciones de contratado transitorio o temporario, carecen para el régimen general del derecho a la estabilidad.

La figura de los empleados contratados, resulta ser un tipo de agente público previsto en todos los regímenes jurídicos, incluso en los anteriores a la década de 1990¹⁵ aunque, coincidiendo con la profesora Ivanega, de lo que se trata no es de eliminar tal forma de vinculación jurídica, sino de que la misma vuelva a su cauce natural, evitándose la generalización arbitraria de su uso en todos los estratos de la estructura administrativa.

En el terreno encargado de dilucidar la esencia de la vinculación entre el Estado y sus agentes, un sector de la doctrina entiende que la relación de empleo público tradicional es contractual, y por ende el agente sujeto a ella sería un contratado. Sin perjuicio de ello, dicha denominación se suele utilizar para identificar al personal no comprendido en los regímenes de estabilidad, que se rigen por normas que regulan un vínculo excepcional o por tiempo determinado.

El personal contratado es de antigua data en nuestra realidad nacional, habiéndose previsto tal figura hace décadas. De esa manera, la Ley 22.140¹⁶ fijaba en su artículo 13, que el contratado debía ser afectado en forma exclusiva a la realización de

¹⁵ Como informa la Dra. Miriam Ivanega, la Ley 22.140 ya contemplaba esta categoría de agentes.

¹⁶ B.O 25/01/1980.

servicios que por su naturaleza y transitoriedad, no podían ser cumplidos por el personal permanente, y que no debían desempeñar funciones diferentes a las establecidas en el contrato.

Amén de lo anterior, como lo ha sostenido calificada doctrina, si bien es verdad que no resulta *per se* ilegítimo que el Estado contrate personal bajo una variedad de formas jurídicas, no es menos cierto que la realidad, en ocasiones, muestra un ejercicio abusivo o excesivo de la figura de los contratados a que estamos haciendo referencia. En definitiva, estos regímenes dejaron de ser excepcionales o temporarios, para convertirse en una modalidad típica habitual en el sector público (Ivanega, 2009:209-210).

La autora antes citada, entiende que dicha situación puede tener dos orígenes distintos. Por un lado la transformación de la noción de Administración Pública con la incorporación de nociones de la nueva gerencia pública y la incidencia del fenómeno de la globalización; y, por el otro, las leyes de presupuesto que derivaron en el congelamiento de las vacantes. Aunque agrega que en la práctica se verifica otro supuesto, como lo sería la supresión de cargos estables motivados en reestructuraciones administrativas que originariamente responden a un nuevo diseño de organización –mayor eficacia o eficiencia-, o a razones de emergencia, todo lo cual no apareja la eliminación de funciones, sino que, por el contrario, las mismas son asignadas a personal contratado o temporario (2009:210).

Las críticas formalizadas al sistema abusivo de las contrataciones, no son solamente de actual data, sino que autores clásicos, como Miguel S. Marienhoff, proyectaron una serie de ideas a su respecto. El mismo manifestó que si bien la incorporación de personas a la Administración Pública mediante el procedimiento del contrato ad-hoc aparecía como un medio correcto y plausible, en la práctica se encontraba desprestigiado debido al abuso de que había sido objeto. Agregó, asimismo, que dicho procedimiento había sido concebido para incorporar a la Administración Pública a técnicos y especialistas cuya

situación requería rodearlos de garantías y condiciones particulares aunque, en línea con el desprestigio señalado, detalló que la contratación se había convertido en una expresión de favoritismo hacia personas sin meritos (1970:91).

Hoy día, antes que someter a los agentes contratados a una especie de favoritismo, tal como en su época lo manifestó Marienhoff, creemos que sujeta las nuevas incorporaciones a regímenes de flexiseguridad, atentatorios de los derechos ordinarios del personal estatal, como lo es el goce de la estabilidad en el empleo.

Miriam Ivanega expresa que, amén de las características puntuales que podría tener el régimen de los contratados, dependiendo ello de la jurisdicción o provincia en que se utilice o regule, existen determinados componentes que, en general, son compartidos por dicho personal. Y entre ellos enuncia: a.- la carencia de estabilidad, de carrera administrativa, así como también el apartamiento del régimen disciplinario a que se somete el personal de planta permanente (salvo que expresamente así se establezca); b.- la duración por tiempo determinado, y que vencido el paso, no se admite la tácita reconducción; c.- ausencia de derecho de licencias, justificación o franquicias-, d.- facultad de la Administración de rescindir el contrato en cualquier momento; e.- la ausencia de derecho a indemnización cuando se decida revocar el contrato de manera anticipada (2009: 211).

VII. Defensa de la tesis favorable a la estabilidad de los agentes contratados de la Administración Pública Nacional

En este apartado, y en el siguiente, trabajaremos sobre algunas ideas a partir de las cuales, según creemos, la tesis de la defensa de la estabilidad para los trabajadores contratados es posible. El objetivo es analizar si puede un trabajador que no ha ingresado a la planta permanente en la órbita de la Administración Pública Nacional reclamar, en determinados casos, las garantías que surgen del derecho a la propiedad del puesto de trabajo.

Como antes se manifestó, la regla en nuestro derecho nacional es que los trabajadores de planta permanente dentro de la Administración Pública gozan de estabilidad, mientras que los agentes contratados en el mismo ámbito, no titularizan ese derecho. Amén del concierto de posibilidades con las cuales se puede limitar el derecho de la estabilidad para los agentes de planta permanente –entre las que se puede encontrar la situación de mala conducta o indebido desempeño de las actividades por parte del trabajador, o bien la supresión del empleo o cargo desempeñado, en tanto ambas no contradigan el criterio de la razonabilidad-, aquí nos limitaremos a escribir algunas líneas que apunten únicamente al caso de los agentes contratados.

Como ya se dijo, el régimen del personal contratado por tiempo determinado, tiene como finalidad cubrir necesidades especiales y temporales de la Administración, mediante la incorporación de agentes para la prestación de servicios de carácter transitorios o estacionales, no incluidos en las funciones propias del personal permanente, y que no pueden ser cubiertos por éstos últimos.

Este personal celebra con el Estado un negocio tendiente a cubrir los requerimientos especiales que se tratan de satisfacer, y cuyo fundamento puede encontrarse en el exceso de trabajo, en la necesidad de contar con técnicos o especialistas en determinadas materias, o bien en la de atender ciertas situaciones extraordinarias; destacándose en estos casos, que los agentes vinculados con el Estado carecen de estabilidad, siendo común, incluso, que en los instrumentos firmados, se consigne que a su término, los trabajadores carecen del derecho a una indemnización (Abal-Sotura, 2009:1141).

Sobre ello, destacamos que conforme nuestra convicción, la existencia en sí misma de la figura de los contratados de la Administración Pública no resulta criticable aunque, esto es importante, una idea contraria creemos que prevalece cuando media un abuso en el uso de tal figura, en tanto se recurra a la misma para que los trabajadores transitorios efectúen iguales o similares tareas a las que cumplen los empleados de planta

permanente, exigiéndoles –no obstante-, recibir órdenes de los superiores jerárquicos, obligándolos a cumplir el mismo horario que los empleados con estabilidad, restándoles derechos de contenido asistencial, previsional o de cobertura médica, recibiendo una remuneración en concepto de honorarios, entre otras condiciones.

Es de notar que tal falseamiento de la relación contractual se agrava aún más en desmedro de los empleados contratados porque, como se dijo, éstos carecen de los derechos ordinarios que tienen sus compañeros de trabajo que cumplen, en ocasiones, idénticas labores. En esa línea, carecen (entre otros) del derecho a la estabilidad que tienen los agentes de planta permanente y de la debida protección contra el despido arbitrario, evento que se plasma cuando la Administración decide extinguir, de manera unilateral, la relación laboral (Abal-Sotura, 2009:1142).

Al respecto, señala Miguel Abdelnur que: “El Estado, en claro apartamiento de la legalidad, contrata a trabajadores dependientes, apelando a formas jurídicas referidas a locaciones de servicios u obras (y, como tales, independientes o autónomos), a fin de realizar tareas comunes y habituales de la Administración Pública, pero sin insertarlos en ninguna de las categorías previstas en los regímenes de aplicación, por plazos normalmente cortos, renovables o no a voluntad del funcionario de turno, y sin ningún de derecho a los beneficios que corresponden a un trabajador, especialmente en cuanto a la estabilidad –propia o impropia- en el empleo” (2014:310).

Como se advierte, tal situación resulta incompatible con el artículo 14 de la CN –que reconoce el derecho a trabajar- y sobre todo con el 14 bis –consagratorio de la protección contra el despido arbitrario y de la estabilidad del empleado público-, lo que significa para algunos que en el empleo privado hay que proteger al trabajador frente a su despido sin justa causa, y en el público garantizarle la estabilidad laboral.

Pensamos que cuando el Estado abusa de la figura de los contratados, la solución tiene que ser otorgar al personal afectado

la estabilidad -plena- en su puesto de trabajo, en tanto el recurso a tal forma de vinculación laboral haya resultado arbitraria, impidiendo que en los hechos pueda establecerse una tajante distinción entre el cumplimiento de tareas de un agente contratado y un compañero que pertenezca a la planta permanente. Es decir, cuando ha mediado fraude en la contratación del agente.

VIII. El artículo 14 bis de la CN y las posibles herramientas de protección

En orden a la defensa de la tesis que planteamos, consideramos que el artículo 14 bis de la CN brinda pautas claras que permiten fortalecer nuestra idea inicial. A tal fin, resulta oportuno echar uso de las diversas formas interpretativas con que se puede leer la Carta Magna, a saber: la literal, la histórica y la axiológica, conforme desarrollaremos brevemente a continuación.

En cuanto a la lectura literal, es importante remarcar que la Constitución Nacional no ha efectuado distinción alguna en relación a los diversos tipos de vinculación laboral que puedan entablarse con el Estado, y que dan origen al derecho a la estabilidad. En efecto, el artículo 14 bis primer párrafo, únicamente prescribe que los empleados públicos van a gozar de la estabilidad en su empleo. Conforme este primer criterio (que, según creemos, debe combinarse con los otros que más abajo desarrollamos), no es válido que, so pretexto de la necesidad de reglamentación de un texto estricto, se reduzcan a niveles exorbitantes los derechos laborales de quienes se relacionan con el Estado a través de un contrato de locación de servicios u obra.

A tales fines, como ha quedado plasmado en la primera parte de este trabajo, agente público –empleado o funcionario–, es toda persona física que se relaciona con el Estado para el cumplimiento de una función puntual en beneficio oficial o colectivo, ensamble en el que media una relación de jerarquía, al igual que ocurre en el contrato de derecho privado laboral, lo cual amerita que hayan surgido en nuestra escena nacional

cláusulas como la de la estabilidad en resguardo del puesto de trabajo, directamente operativa en el caso de marras, según entendemos.

En cuanto a lo último señalado, remarcamos que si bien algunos convencionales nacionales construyeron en el año 1957 argumentos tendientes a cultivar la idea de la necesidad de leyes u otras normativas de rango inferior, posteriores a la norma cimera, encargadas de reglamentar sus cláusulas, de ello no puede colegirse que se haya conferido a la ley una autorización en blanco (en sentido metafórico) para que por su intermedio se terminaran por consagrar derechos nulos, o vacíos de contenido, para cierto grupo de agentes en caso de que se haya celebrado un contrato de locación o similar, porque una idea similar entraría en colisión no solamente con el artículo 14 bis y su visión amplia aquí defendida, sino también con la cláusula de la razonabilidad de incorporada en el art. 28 de la CN¹⁷.

Por su parte, debemos también tener en consideración en el sentido propuesto, la interpretación constitucional de tipo histórica. Al respecto, rememorando algunos conceptos e ideas trabajadas en el seno de la Convencional Nacional Constituyente de 1957, recordaremos que al discutirse la posible incorporación de la cláusula de la estabilidad, ciertos convencionales manifestaron que la intención era garantizar a los agentes vinculados con el Estado una protección contra las arbitrariedades de turno, y el mal manejo de los partidos públicos o agrupaciones similares

En dicha senda, el convencional Martella dijo que a la cláusula de la protección contra el despido arbitrario, se agregaba la estabilidad del empleado público, como una garantía de los

¹⁷ Vale recordar en esto que la CSJN ha dicho que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional, agregando que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero ésta última está destinada a no alterarlos, lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos (fallo "Vizzoti c/ Amsa s/ Despido", sent. 14/09/2004, colección de Fallos 327:3677).

mismos, que hasta ese momento habían tenido menor protección que los trabajadores privados, frente a la arbitrariedad de las gestiones cambiantes. A su respecto, aclaró que: “han sido la clientela fácil de los políticos, pasto de la voracidad de los comités, con gran perjuicio de los servicios generales, resentidos por los cambios frecuentes de personal y, lo que es peor, por una selección inversa de valores humanos al producirse los cambios” (Diario de Sesiones, 1958:1243).

Complementariamente a ello, el convencional Peña manifestó que el trabajador está protegido igualmente por una norma constitucional contra el despido arbitrario, afirmando que: “(...) esto es lo justo porque no se puede privar a un hombre de su medio de vida para sí y su familia por un simple capricho”. Afirmado además que: “Siempre el empleado público ha estado sujeto a las cesantías en masa en ocasión de los cambios de gobierno. Ahora ya no podrá ningún partido político que conquiste el gobierno disponer de los puestos administrativos como botín de guerra. Entendemos que este principio constitucional entrará a regir simultáneamente con la vigencia de las reformas y en adelante ningún empleado público podrá ser dejado cesante sin causa justificada y sin previo sumario administrativo” (Diario de Sesiones, 1958:1254).

A su turno, el convencional Mercado afirmó, en vinculación a este ítem, que la política adquiriría sin duda una mayor jerarquía con la estabilidad del empleado público en todo el país, fundamentando esa idea al decir que el proyecto de la estabilidad tendería a asegurar económicamente a un grupo social importante, permanentemente sacrificado por los intereses excluyentes de la política demagógica, otorgándoles derechos y señalándoles obligaciones compatibles con la dignidad social humana. Con dicho pensamiento, refirió que: “Desde el punto de vista administrativo, mediante la estabilidad de los empleados y funcionarios sometidos a normas precisas, los organismos encargados de realizar la función del Estado lograrán una mayor eficacia e idoneidad, estimulando las iniciativas, la disciplina y el trabajo metódico de sus agentes. Recién entonces, podrá

organizar científicamente el cuerpo administrativo, dotándolo de un personal de carrera, sin el peligro de las interrupciones reparadoras, que han entrañado hasta ahora, el desalojo en masa de los empleados públicos para ubicar a los correligionarios más obsecuentes y afortunados” (Diario de Sesiones, 1958:1336-1337).

Pues bien, si nos avocamos a la extensión de la protección de los agentes siempre denominados como transitorios, lejos quedaría la posibilidad de separarnos de la amplia tutela aquí propuesta, desde que con el reconocimiento de nuevos derechos para los trabajadores fraudulentamente contratados en la órbita pública, estaríamos aplicando la cláusula constitucional con los objetivos aclamados por los convencionales de antaño, socavando cualquier posibilidad de que, al margen de la ley, se agrieten derechos de contenido alimentario.

Y es que el abuso en la contratación pública, que oculta numerosas veces la intención de no gravar la responsabilidad estatal, al comisionarle a trabajadores transitorios el cumplimiento de tareas que corresponden al giro ordinario del órgano receptor, altera el contenido profundamente humano que cualifica todos los modelos de trabajo, resquebrajándose a su vez los principios de la igualdad y la no discriminación que, contrariamente a lo que suele ocurrir en las arenas descriptas, deben comúnmente dominar a todos los comportamientos públicos y privados en los que esté en juego la propia persona del trabajador¹⁸.

Asimismo, engrosando estas ideas con la normativa internacional –y nutriendo de mayor actualidad la historia de nuestro derecho supremo– podemos citar ciertos principios protectorios como los que surgen del Convenio nro. 111 de la OIT –sobre

¹⁸ A su respecto, cabe señalar que la CSJN ha expresado que garantizar la no discriminación, configura para el Estado una obligación fundamental mínima y de cumplimiento inmediato, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un ilícito internacional (CSJN fallo “Alvarez c/ Cencosud s/ Acción de amparo”, sent. 07/12/2010, colección de Fallos 333:2306).

discriminación en materia de empleo y ocupación-, que actualmente tiene jerarquía supra legal. A su respecto, tal normativa obliga a los Estados parte a desarrollar una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional (en todo caso, a la práctica debida, y no necesariamente a la usual), la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a su respecto (art. 2).

Seguidamente, y en una línea complementaria, es dable señalar que en la Convención Constituyente de 1957 se dijo que el empleado público es una clase especial de trabajador (Diario de Sesiones, 1958:1226), pero no por ello deja de ser uno más del conjunto, sin que su engarce en el derecho administrativo pueda conducir a interpretaciones divergentes.

Axiológicamente entonces, la Constitución quiere evitar que la inconducta del Estado, o bien una conducta arbitraria de su parte, pueda alterar los derechos del grupo de agentes que se desempeñan en su ámbito, y que hacen al funcionamiento de la entidad superior.

En este sentido, es importante señalar que la ubicación metodológica de la cláusula de la estabilidad del empleado público, conllevó desde sus inicios, al inevitable ensamble entre dicho precepto y la protección contra el despido arbitrario, de ahí que no se la incorporó ni en el artículo pertinente a las facultades del Congreso, ni en el que preceptúa las atribuciones de la función ejecutiva.

Luego, encontramos presente una estrecha vinculación entre la estabilidad, y la protección frente a la arbitrariedad de quien ha requerido los servicios de un agente.

Vale recordar que en el debate convencional, se remarcó que la garantía de la estabilidad conlleva no solamente a proteger un interés individual, sino también uno grupal, o que no excluye el contralor del Estado respecto a una buena gestión, aunque si procederes arbitrarios de su parte que pretendan corromper un derecho consolidado en cabeza de su titular.

De manera tal que la tutela amplia esbozada, propende no solamente a proteger al agente contratado en fraude a la ley, sino también al Estado como unidad de gestión, y al resto de la ciudadanía que exige a cada momento una administración de calidad.

Todo lo dicho permite inferir que existe una íntima vinculación entre la interpretación literal, histórica y axiológica de la cláusula de la estabilidad de los agentes públicos emanada de la Constitución Nacional, que colabora para fundamentar la posición que sostenemos en esta investigación, y que da cuenta de la posibilidad de lograr una mejor protección de los intereses de los agentes contratados, reconociéndoles el derecho a la estabilidad en el empleo, en tanto la Administración Pública haya obrado en fraude a la ley laboral, pervirtiendo una autorización legal para configurar nexos transitorios, al devenir estos, en la materialidad de la función encomendada, permanentes, o simplemente al nacer como tales.

IX. Algunas líneas jurisprudenciales

Desde una óptica general, remarcamos que nuestro Máximo Tribunal de Justicia Nacional, contrariamente a lo que postulamos en este trabajo, no participa de la opinión que pretende reconocer el derecho a la verdadera estabilidad en el empleo para los agentes contratados en fraude a la ley, o sea, cuando los mismos hubieran sido destinados a cumplir tareas permanentes del organismo estatal, sino que, en el mejor de los casos, encuentra la solución en el reconocimiento de una indemnización derivada de la extinción arbitraria del vínculo de empleo.

Con lo anterior, y superando una etapa marcadamente restrictiva en la Corte Nacional dentro de la materia estudiada –y que fuera trazada (entre otros) por los precedentes “Gil”¹⁹,

¹⁹ CSJN sent. 28/02/1988, “Gil Carlos Rafael c/ Universidad Tecnológica Nacional”, colección de Fallos 312:245.

“Leroux”²⁰ y “Stutz”²¹-, vale la pena señalar, aunque más no sea brevemente, algunos interesantes fallos de la CSJN dictados con posterioridad al momento antes identificado, y que sirvieron para mejorar el tratamiento de la materia, aunque en la línea antedicha.

Primero, citaremos el precedente “Ramos”²². En este caso, el actor había trabajado veintiún años para la Armada Argentina en orden a la celebración de contratos de locación de servicios, sucesivamente prorrogados, en calidad de personal transitorio. El régimen administrativo especial del organismo, permitía la contratación de personal transitorio, aunque con la particularidad de fijar un plazo máximo de cinco años, que se encontraba excedido en el caso comentado. Ramos fue cesado por razones presupuestarias, en razón de lo cual demandó al Estado Nacional a fin de obtener una indemnización por despido incausado. En las instancias de grado, la acción fue rechazada, considerando la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, puntualmente, que la contratación del actor se había realizado bajo un régimen que permitía pactar prestaciones de servicios personales en forma transitoria, sin que eso implicara la creación de un vínculo permanente, remarcando que el mero transcurso del tiempo no podía trastocar la situación de revista de quien había ingresado como personal no permanente, en un régimen de inestabilidad. Seguidamente, la Corte revocó el fallo, reconociendo al actor el derecho a cobrar una indemnización. Resaltan dos órdenes de cuestiones: por un lado, que del legajo del actor surgía que sus tareas carecían de la transitoriedad que suponía el mencionado régimen de excepción, que era calificado y evaluado de forma anual, que se le reconocía la antigüedad en el empleo,

²⁰ CSJN sent. 30/04/1991, caso “Leroux de Emede, Patricia c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, colección de Fallos 314:376.

²¹ CSJN, sent. 08/05/2007, “Stutz, Oscar c/ Poder Legislativo Nacional”, publicado en la colección de Fallos en 330:2206.

²² CSJN, sent. 06/04/2010, “Ramos José Luis c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa A.R.A) s/ indemnización por despido”, Fallos 333.311.

y que se beneficiaba con los servicios sociales del empleador; circunstancias que, unidas a la violación del impedimento a celebrar contratos por más de cinco años, permitían inferir que la demandada había utilizado figuras jurídicamente autorizadas o habilitadas para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder, pretendiendo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, agregándose que el comportamiento del Estado Nacional había tenido aptitud para generar en el actor Sr. Ramos, una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección del artículo 14 bis; en un segundo orden, la Corte, en su considerando séptimo, trató de compatibilizar su decisión con lo resuelto en el precedente Gil (antes referenciado), afirmando que la procedencia de la demanda no se fundaba en el cuestionamiento del régimen, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos, y la consiguiente obligación que cabía al Estado Nacional como transgresor del mismo.

En otro caso, precedente “Sanchez”²³, dictado el mismo día que el anterior, la CSJN decidió rechazar la demanda –por mayoría-, mientras que la minoría integrada por los ministros Fayt, Maqueda y Zaffaroni propuso acoger el reclamo, opinión que lamentablemente no prosperó. Es de destacar que en este fallo, el actor prestó servicios ocho años en la Auditoría General de la Nación en cumplimiento de tareas propias de los empleados de planta permanente, pero por contratos sucesivamente renovados. En este caso, el régimen específico permitía esa contratación *sine die* de agentes y, ante su despido, el actor reclamó las indemnizaciones pertinentes, objeto que fue rechazado en primera instancia, y admitido por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En este precedente, las opiniones que formaron la mayoría, señalaron que la específica normativa que regía a la entidad demandada, impedía considerar el tipo de tareas realizadas por los agentes

²³ CSJN sent. 06/04/2010, “Sanchez Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido”, publicado en Fallos 333:335.

contratados como un indicador relevante para determinar si existía o no una relación de empleo permanente, agregándose lo que sigue: “(...) *cabe considerar que el hecho de que Sánchez realizara tareas típicas de la actividad de la Auditoría General de la Nación no resulta suficiente, por sí solo, para demostrar la existencia de una desviación de poder para encubrir, mediante la renovación de sucesivos contratos a término, un vínculo de empleo permanente*” (consid. 5to. tercer párrafo). No obstante esta posición, la minoría destacó que la prestación laboral del actor se había desarrollado durante ocho años en tareas concernientes la actividad permanente, normal y regular de la demandada, no habiendo aportado la misma pruebas suficientes que permitiesen hacer lugar a su planteo, mediante el cual alegaba que el actor se había integrado a programas y proyectos, sin especificar en qué consistían éstos, y en qué diferían de los que regularmente aquella debía llevar a cabo.

El decisorio mayoritario en este caso resulta claramente criticable, desde que rechazaron la demanda basados solamente en la existencia de un régimen específico que permitía la celebración de sucesivos contratos con los agentes del sector, sin tomar en cuenta la materialidad de su prestación y, mucho menos, el sentido tuitivo que se desprende del artículo 14 bis de la CN, proceder que, contrariamente a nuestro orden positivo vigente, y al prisma de los derechos constitucionales, permitiría, ilógicamente, que la excepcionalidad y la especificidad del sistema de contrataciones a plazo, pasaran a ser la regla, mientras que la permanencia constitucionalmente justificada vendría a constituirse en lo accesorio o excepcional.

Finalmente, destacamos el fallo “Cerigliano”²⁴, caso en el cual el actor había trabajado durante siete años en tareas de operario común, suscribiendo sucesivos contratos de locación de servicios y, producido el despido, inició acciones tendientes

²⁴ CSJN sent. 19/04/2011, “Cerigliano Carlos Fabián c/Gobierno de la Cuidad Autónoma de Buenos Aires U. Polival. De Inspecciones ex Dirección Gral. de Verif. y Control”, publicado en Fallos 334:398.

a obtener las indemnizaciones de la LCT. Contra la decisión favorable de primera instancia, la sala IV de la CNAT revocó tal sentencia, declarando inaplicable la ley laboral antedicha en razón de la inexistencia de un acto expreso conforme lo manda el artículo 2 inc. a) de la Ley 20.744, rechazando la pretensión con cita del antecedente “Leroux de Emede”. En este expediente, por mayoría –la que estuvo conformada por los jueces que habían votado en minoría en la causa “Sánchez”, más el Dr. Lorenzetti-, se dijo que resultaba indiscutiblemente aplicable a ese caso, el criterio expresado en “Ramos”, destacando que la voluntad de la demandada de no incluir al actor en la LCT era del todo evidente y, por contraposición a la normativa específica que autorizaba a celebrar todos aquellos contratos que bajo el régimen de locación de servicios o de otra índole, se encontrasen vinculados con el objeto de la unidad ejecutora, mencionó que la misma no resultaba eficaz para enmarcar vínculos como los del actor, ajenos a la noción de transitoriedad, los que se mostraban aptos para generar razonables expectativas de permanencia. Además, la Corte señaló que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratistas le atribuyan, remarcando que resultaba evidente la desviación de poder respecto de la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente (consid. quinto, último apartado). Agregó hacia el final algo importante, en cuanto habilitó para casos del estilo, la competencia contencioso administrativa, aunque, por el contenido alimentario y su mayor avance, en el caso decidió que continuara el trámite ante la justicia nacional del trabajo.

Como se advierte, si bien en los casos comentados la CSJN no reconoció el derecho a la estabilidad en el empleo, al menos sirvieron de base para la superación de la etapa restrictiva anterior, y mejoraron los derechos de los agentes contratados en fraude a la ley.

X. Críticas a ciertas tesis contrarias

Como se dice en el derecho del trabajo, a necesidades permanentes corresponde la celebración de relaciones con el mismo alcance. Luego, si actuamos de manera contraria a tal regla, estaríamos discriminando a cierto grupo de agentes no alcanzados en la práctica por la estabilidad del empleado público, a pesar de los mensajes que los convencionales de 1957 pretendieron dejarnos.

Se ha dicho que no puede crearse un nuevo cargo pasando por encima de lo que corresponde al Congreso autorizar anualmente en el presupuesto general, así como tampoco generarse el mismo por vía de una sentencia de manera contraria a lo que la ley de la función pública entiende como un agente permanente. En este sentido, Pablo Gallegos Fedriani (opinión que a su vez es compartida por otros autores) ha manifestado que la procedencia de aquel argumento no es simplemente de índole económica, sino que también obedece a cuestiones de legalidad, por lo que equiparar las erogaciones no resultaría suficiente para rebatir la exigencia legal de que la partida presupuestaria y el control de la disposición legislativa que ejerce mediante ella, se vean satisfechos (2011:1283).

Amén de la respetabilidad de esa opinión, rebatimos ese argumento diciendo que la legalidad constituye en todo caso un ida y vuelta, en el sentido de que no solamente debe abarcar el proceder del agente contratado, sino también al Estado en cuanto se prohíbe al mismo destinar un empleado transitorio a cumplir prestaciones ordinarias del órgano en cuestión.

No resulta lógico, por lo demás, suspender siempre una cláusula constitucional que garantiza la estabilidad del empleado público, a partir de una ley de presupuesto o de otro carácter que, en todo caso, debe someterse a la norma cimera. La pirámide normativa de Kelsen adquiere aquí todo su sentido.

En la misma senda, como lo dice Santiago Díaz Cafferata (2009:6), citando al profesor de la Fuente, no se le puede dar prevalencia a la letra del contrato redactado, por contraposición

a lo que surge de los hechos, es decir, al alcance de la prestación de servicios, ya que, contrariamente, sería lo mismo que decir que las partes pueden convenir válidamente apartarse de lo dispuesto por una ley imperativa, de orden público, que prohíbe expresamente que la contratación recaiga sobre tareas permanentes, admitiéndola solamente cuando tenga por objeto servicios o tareas transitorias u ocasionales²⁵.

Es importante reiterar además, que la protección amplia emanada del artículo 14 bis de la CN, no tiene por qué conducir, en el mejor de los supuestos, al pago de una indemnización dineraria para el agente afectado. En todo caso, la reparación debe ser, antes que en especie, *in natura*, traduciendo ello en la reincorporación del agente lesionado jurídicamente, cuando el Estado hubiera procedido en fraude a la ley laboral, obstando, en consecuencia, a que pueda invocar su propia torpeza para sortear una responsabilidad mayor que le incumbe y lo alcanza.

Nos encontraríamos, pues, en el ámbito de la responsabilidad estatal por obrar ilícito, en aquellos casos en que el Estado contratara a un agente transitorio para cubrir tareas que correspondan a las normales del ámbito en cuestión. En esto vale destacar que, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (aunque no en materia administrativa, sin que tal circunstancia impida la aplicación a este caso de derecho público, de igual conclusión, sobre todo por el carácter unívoco de derecho y la ciencia jurídica) que el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos²⁶.

Vale recordar que el derecho al trabajo es un derecho humano y fundamental, encontrándose cualificada esa prerrogativa en el caso de los empleados públicos que desarrollen tareas permanentes, con el goce de la garantía de la estabilidad,

²⁵ Juega aquí el denominado principio de primacía de la realidad, es decir, la prevalencia de los hechos por sobre la forma pactada o escrita.

²⁶ CSJN fallo "Alvarez c/ Cencosud s/ Acción de amparo", sent. 07/12/2010, publicada en la colección de Fallos 333:2306.

sin que la misma pueda ser objeto de retaceos indebidos, so pena de desnaturalizar la esencia protectoria emanada del artículo 14 bis de la CN.

XI. Conclusiones

En orden a todo lo anterior, arribamos a una serie de conclusiones que trataremos de sintetizar a continuación.

El Estado como organización social y política, actúa a través de organismos a los que se les otorga una competencia delimitada, debiendo someterse en su desenvolvimiento cotidiano –obligadamente- al ordenamiento jurídico para un correcto y legítimo funcionamiento.

En ese andar, la faceta humana del Estado (como gobierno) adquiere notoria importancia, desde que es a través de las personas que el mismo absorbe necesidades sociales, y trabaja en orden a ellas. La cara visible la constituyen, entonces, no solamente los órganos creados en orden a una política pública, sino también quienes llevan a cabo, como función propia, el cumplimiento de una porción del obrar oficial.

Son ellos los funcionarios y empleados públicos nombrados al efecto. En ese conjunto, adquiere contornos especiales la figura de los agentes contratados quienes, por ley, solamente pueden ser designados cuando media una necesidad temporalmente limitada o bien el requerimiento de un servicio que por la especialidad de su cometido, no pueda ser cumplido por el personal ordinario del ente en cuestión.

La diferencia esencial que existe entre las diversas categorías de agentes que, como base humana, prestan servicios para el Estado, radica en el goce del derecho a la estabilidad. El mismo, aun no siendo absoluto, da derechos especiales al conjunto de trabajadores alcanzados por esa garantía, en especial, la prerrogativa para conservar el puesto de trabajo, en tanto y en cuanto no medie la materialización de una falta que, por su gravedad justifique, previo sumario, la limitación de su alcance.

Si bien los agentes contratados no gozan, como regla, del derecho a la estabilidad laboral, a una disímil conclusión podríamos arribar en aquellos casos en que el Estado, a través de la oficina o funcionario pertinente, materialice un uso desmedido de aquella figura, en tanto se exorbiten los márgenes en los que se habilita el recurso a tal forma de vinculación legal.

Tal conclusión –goce de la estabilidad para los agentes contratados–, se deriva sin deformaciones ni exageraciones del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto otorga la estabilidad (sin distinciones) para el agente público, protegiendo además al trabajador (el agente público no deja de ser, como tal, un trabajador en relación de dependencia) al que se le hubiera extinguido su contrato de forma arbitraria.

En ese marco, invocada y probada la ilegitimidad en el obrar estatal, debe prevalecer la reparación *in natura* (reinstalación) antes que el resarcimiento en especie (indemnización), desde que esa es la mejor forma emanada de nuestro ordenamiento jurídico para tutelar al agente que pone su fuerza de trabajo a disposición de otro.

En esa línea, creemos que una reglamentación irrazonable del artículo 14 bis de la CN, nos distanciaría del objetivo central tenido en cuenta por los convencionales de 1957, quienes pretendieron tutelar al trabajador estatal contra los vaivenes públicos, mejorando el cometido de la función colectiva.

Como ya lo hemos puesto de manifiesto antes, el respeto a la legalidad, invocado como norte fundamental del Estado de Derecho, alcanza no solamente a las personas privadas, sino también a quienes resulten designados para cumplimentar una gestión colectiva.

Desde ese aspecto, reiteramos que es posible defender la tesis de la estabilidad de los agentes contratados por el Estado, dado cuenta de ello este trabajo que, con cita de algunos autores e ideas propias, ha tratado de justificar esa forma de pensar, punto que fuera desde el inicio el permanente incentivo para escribir estas líneas.

XII. Bibliografía

- ABAL, M., SOTURA, R. (2009). “Agentes contratados por la Administración Pública nacional. Derecho a la estabilidad”. Publicado en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, número 2009 C, páginas 1134-1147. Buenos Aires: La Ley.
- ABDELNUR, Miguel Ángel (2014). “Contratados del Estado”. Publicado en: *Regímenes laborales especiales*. Foglia, Ricardo Arturo (Director). Páginas 301 a 340. Buenos Aires: La Ley.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1981). “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”. Publicado en: *Revista Trabajo y Seguridad Social*, Año 1981, T VIII A, páginas 481 a 560.
- BIELSA, Rafael (1955). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- CAPÓN FILAS, Enrique (2001). “Protección contra el despido arbitrario- breves apuntes para un debate. Publicado en: *Revista La Causa Laboral*, Asociación de Abogados Laboralistas, Año 1; N° 1, Buenos Aires, Octubre de 2001.
- CARCAVALLO, Esteban (2016). “Necesidad de redimensionamiento y mejor calidad del empleo público para una eficiente gestión del Estado”. Publicado en: *Derecho del Trabajo*, mes de octubre, pagina 2363 y ss.
- CIMELLI, Darío (2010). “El fenómeno de los contratados precariamente en la Administración Pública y la voz de la corte. Nota a fallo”. Publicado en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, número 2010 C, páginas 215-222. Buenos Aires: La Ley.
- COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (2018). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CORREA, José Luis (2011). “La estabilidad de los empleados contratados por el Estado”. Publicado en: *DJ*, 12/1/2010 Buenos Aires.
- DELFIN, Alejandra (2014). “Los contratados de la administración pública: cuando la sucesiva renovación de los contratos transitorios significan permanencia en el puesto”. Publicado en: *Revista Derecho Administrativo*, número 2014 (92 Mar./Abr.), páginas 423-430.

- DIARIO DE SESIONES de la Convención Nacional Constituyente, año 1957 (1958). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- DIAZ CAFFERATA, Santiago (2009). “La estabilidad del empleo público fraudulentamente contratado”. Publicado en: *www.eldial.com-suplemento de Derecho Administrativo*.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. (2011). “Agentes contratados por la Administración”. Publicado en: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, número 2011 E, páginas 1280-1285. Buenos Aires: La Ley.
- GARCIA PULLES, Fernando –director- (2017). *Régimen de empleo público en la Administración Nacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GOMEZ, Claudio (2011). “Los derechos del trabajador contratado por la Administración Pública desde una visión constitucional”. Publicado en: *Revista La Ley*, tomo C, página 322 y ss.
- GORDILLO, Agustín (1997). *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- IVANEGA, Miriam (2009). *Las relaciones de empleo público*. Buenos Aires: La Ley.
- JAUREGUIBERRY, Luis María (1957). *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.
- LOPEZ, Justo (1974). “El trabajador del Estado”. Publicado en: *Revista Derecho del Trabajo*, mes de septiembre de 2012, página 2571 y ss.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- RAMELLA, Pablo A. (1986). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (2010). “Los contratados en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Publicado en: *Revista Jurídica La Ley*, 21/4/2010. Buenos Aires.
- SAGUÉS, Néstor Pedro (1998). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depalma.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique (1974). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A.

Reflexiones en torno a las dificultades para acceder a créditos tendientes a adquirir una vivienda

Reflections on the difficulties in the acces to loans for acquiring a home

Reflexões em torno das dificuldades no acesso a empréstimos para adquirir uma casa

Réflexions sur les difficultés d'accès à des prêts pour l'acquisition d'une maison

关于获取房屋贷款困难的思考

Natalia Lorena Barriviera¹ | Universidad Nacional
Valeria Griselda Fiodorov² | de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 143-158

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e302>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8233-8229>

<https://orcid.org/0000-0002-5941-6807>

Recibido: 17/08/2019

Aprobado: 29/08/2019

Resumen: En el presente artículo efectuamos reflexiones críticas sobre el alcance y/o suficiencia de las medidas adoptadas por el gobierno del Presidente Macri destinadas a facilitar el acceso a la primera vivienda familiar, a través de créditos hipotecarios. En momentos de crisis económica provocada por el alto índice de inflación, sueldos que pierden poder adquisitivo, pérdida del empleos, aumento de la pobreza y de la indigencia, caída del consumo y de la producción, incremento de personas en situación de calle, montos irrisorios de los haberes jubilatorios,

¹ Abogada-Escribana (UNLP). Prof. Adj. Ord. en Derecho Notarial y Registral.
c. e.: barri_natalia@yahoo.com.ar

² Abogada-Escribana (UNLP). c. e.: valeriagfiodorov@gmail.com

suba del valor del transporte público, quita de subsidios a las tarifas de gas y de luz, cierre de comercios, de pequeñas y medianas empresas, y la estrepitosa variación del valor del dólar que repercute en todo lo señalado, generan situaciones imprevistas que perjudicaron entre otros, a quienes adquirieron créditos hipotecarios en UVA. El perjuicio padecido por estos adquirentes de inmuebles mediante créditos hipotecarios en UVA, se suscitó a partir del incremento del valor de la cuota mensual a abonar, que pasaron a afectar gran porcentaje de sus salarios, duplicando y/o triplicando el valor de las cuotas iniciales. Ello los llevó en algunos casos a refinanciar la deuda con las entidades bancarias, debiendo hoy en día montos mayores a aquellos contraídos al inicio.

Palabras claves: vivienda, crédito hipotecario.

Abstract: In this article we make critical reflections on the scope and / or sufficiency of the measures adopted by the government of President Macri destined to grant access to the first family home, through mortgage loans. In times of economic crisis caused by the high rate of inflation, salaries that lose purchasing power, loss of jobs, increase in poverty and destitution, drop in consumption and production, increase of homeless, derisory amounts of retirement assets, increase in the value of public transport, removal of subsidies to gas and electricity tariffs, closing of businesses, small and medium enterprises, and the resounding variation in the value of the dollar, which has an impact on all that, generate unforeseen situations that harmed, among others, those who acquired mortgage loans at UVA. The damage suffered by these purchasers through mortgage loans in UVA, was caused from the increase in the value of the monthly installment to be paid, which began to affect a large percentage of their salaries, doubling and/or tripling the value of the initial installments. This led them in some cases to refinance the debt with the banking entities, owing today greater amounts to those incurred at the beginning.

Keywords: housing, mortgage credit

Resumo: No presente artigo fazemos reflexões críticas sobre o alcance e/ou suficiência das medidas adotadas pelo governo do Presidente Macri destinadas a facilitar o acesso à primeira casa familiar, por meio de empréstimos hipotecários. Em tempos de crise econômica causada pela alta taxa de inflação, salários que perdem poder aquisitivo, perda de empregos, aumento da pobreza e da indigência, queda do consumo e da

produção, aumento de pessoas em situação de rua, quantias irrisórias de ativos de aposentadoria, aumento do valor do transporte público, remoção de subsídios às tarifas de gás e energia elétrica, fechamento de comércios, pequenas e médias empresas, e a variação abrupta no valor do dólar que tem impacto em tudo o que é indicado, gera situações imprevistas que prejudicaram, entre outros, aqueles que adquiriram empréstimos hipotecários em UVA. Os danos sofridos por estes compradores de imóveis mediante empréstimos hipotecários em UVA, foram causados a partir do aumento na cota mensal a ser paga, que começou a afetar uma grande porcentagem de seus salários, dobrando e/ou triplicando o valor das cotas iniciais. Isto levou-os em alguns casos a refinarciar a dívida com as entidades bancárias, devendo hoje maiores quantias àquelas contraídas ao início.

Palavras-chave: casa, crédito hipotecário.

Résumé: Dans cet article, nous faisons des réflexions critiques sur la portée et / ou la suffisance des mesures adoptées par le gouvernement du président Macri, visant à faciliter l'accès à la première maison familiale, a travers de prêts hypothécaires. En cette période de crise économique causée par le taux d'inflation, les salaires portant de pouvoir d'achat, la perte d'emplois, l'augmentation de la pauvreté et du dénuement, la baisse de la consommation et de la production, l'augmentation du nombre de personnes disposés, les montants dérisoires des augmentations de la retraite, augmentation de la valeur du transport, suppression des subventions aux tarifs du gaz et de l'électricité, fermeture d'activités, petites et moyennes entreprises, et la variation brusque de la valeur du dollar, qui a une incidence sur tout ce qui est indiqué, situations imprévues qui font mal aux personnes qui ont contracté des emprunts hypothécaires chez UVA ont été générés. Le préjudice qu'ils ont subi provenait de l'augmentation de la valeur de la mensualité à payer, qui affectait ensuite un pourcentage élevé de leurs salaires, doublant et / ou triplant la valeur des premières échéances. Cela les a amenés dans certains cas à refinarcier la dette auprès des entités bancaires, avec montants plus importants que ceux engagés au début.

Mot-clés: logement, crédit hypothécaire.

摘要: 在本文中, 我们对马克里总统政府通过抵押贷款促进进入第一个家庭住所采取的措施的范围和/或充分性进行了批判性思考。在高通货膨胀造成的经济危机时期, 失去购买力的工资, 失业, 贫困和

poor people, consumption and production decline, street population increase, pension amounts increase, public transport value increase, cancellation of gas and electricity subsidies, business closures, small business closures, and all the other things that have a dollar value impact, produce unpredictable situations, including those who have obtained mortgage loans in UVA. These real estate buyers through UVA mortgage loans suffer damage due to the value increase of monthly payments, this begins to affect a large part of their wages, making the value of their mortgage double and/or increase three times. This leads them in some cases to be re-financed by banks, because today's debt amount is equivalent to the amount at the beginning.

关键字: 住房, 抵押贷款.

I Introducción

En la Argentina de hoy, la crisis económica afecta a diversos sectores sociales (especialmente a los a los sectores vulnerables –ancianos; personas con discapacidad), el alto índice de inflación³ y la estrepitosa variación del valor del dólar⁴ repercuten en los sueldos que pierden poder adquisitivo⁵, se produce la pérdida del empleos, aumento de la pobreza y de la indigencia, caída del consumo y de la producción, incremento de personas en situación de calle, pago de montos irrisorios de los haberes jubilatorios, suba del valor del transporte público, quita de subsidios a las tarifas de gas y de luz, cierre de comercios, de pequeñas y medianas empresas, entre otras, que impactaron negativamente en el poder adquisitivo de la población, imposibilitando y paralizano el acceso a las viviendas. En este punto, focalizaremos en quienes adquirieron créditos hipotecarios en UVA, fuertemente afectados por la variación de los montos de cuotas mensuales a abonar por los créditos hipotecarios contraídos.

³ Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) vertiginosa inflación del 47% —la más alta en casi tres décadas— que arrasó con los salarios.

⁴ El último año duplicó su valor.

⁵ Según el Indec, una familia tipo (dos adultos y dos niños) necesita más de dos salarios mínimos para no ser pobres.

Si concentramos nuestra atención en la adquisición de bienes o productos, notamos como una vez más en nuestro país, la suba del valor del dólar repercute de manera automática en el incremento de precios de los bienes o productos que consumimos-combustible, alimentos, vestimenta, tarifas de servicios- transformándose en una rueda en continuo avance, que no tiene miras de aletargar su paso y mucho menos de pararlo. Ello impacta asimismo en el valor de los inmuebles, que son cotizados a valor dólar –que alejan de los argentinos y las argentinas (-cuyos sueldos se cobran en Pesos- devaluados a cada segundo), el tan ansiado sueño de comprar su techo propio.

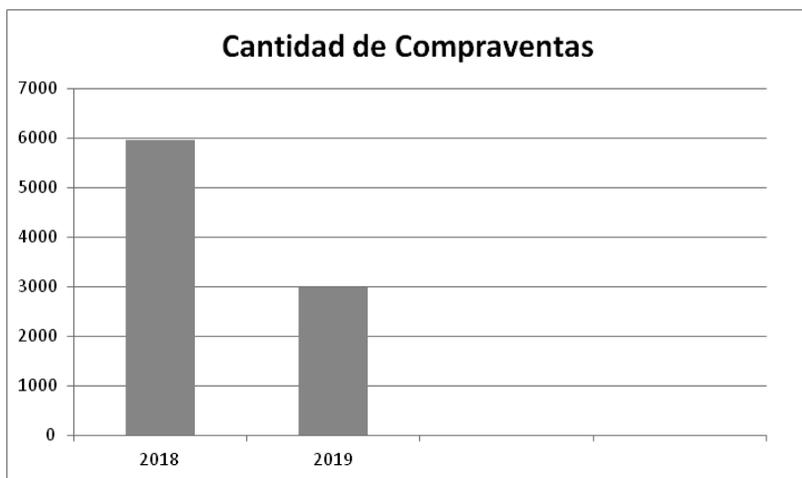
“En la Argentina, el déficit habitacional es uno de los grandes temas postergados que afecta a más del 25% de los hogares”⁶. La realidad es que debido a la devaluación quienes adquirieron créditos hipotecarios en UVA están endeudadísimos y muy asustados porque cada vez pagan más de lo que tenían previsto por la modalidad UVA, que se han tornado variables y reajustables ya que van de la mano de la inflación. Por est motivo, muchos deudores hipotecarios temen perder su casa-adquirida con el crédito solicitado- ya que el Banco prestador del crédito, ante la morosidad podría instar el proceso de remate de esos inmuebles.

Ello ha frenado la adquisición de inmuebles para vivienda, y no se vislumbra por parte del gobierno nacional impulso de políticas públicas destinadas al acceso de la vivienda, hasta las medidas anunciadas en abril de 2019 bajo el título de “Medidas Económicas y Sociales” que constan de un paquete de instrumentos con los cuales buscará impulsar el consumo y combatir la recesión, de las cuales nos ocuparemos exclusivamente a las relacionadas con el acceso a la vivienda.

Resulta atinente visualizar los resultados de la Estadística que lleva el Colegio de Escribanos Bonaerense sobre el número de compraventas autorizadas en los períodos 2018/2019. El siguiente cuadro se confeccionó tomando esos datos, que permite advertir

⁶ PROCREAR (2019). “La solución de la casa propia”. Ministerio del Interior y Obras Públicas. En línea en: <https://www.argentina.gob.ar/micasa/quiero-micasa/procrear/quees>.

una abrupta caída en el número de compraventas autorizadas en el período Marzo/2018 respecto al período Marzo/2019.



Otra de las estadísticas publicadas por el Colegio de Escribanos Bonaerense, indica la caída en la cantidad de hipotecas, informando dicho Colegio que: "... en marzo se contabilizaron 435, lo que representó una disminución del 1,6% con respecto a febrero de este año y una disminución interanual del 91,7 % (5.253 en marzo de 2018). En los montos la disminución fue del 72,7 % (\$ 2.405.077.744 en marzo de 2019 y \$ 8.799.434.140 en marzo de 2018)."⁷

II. Adquisición de viviendas a través de Créditos UVA

Los créditos en UVAs fueron lanzados en el año 2016 para adquirir inmuebles y automotores. La Unidad de Valor Adquisitivo UVA equivale a la milésima parte del costo promedio de

⁷ El cuadro con las estadísticas puede consultarse en este sitio web, dentro del menú "El Colegio/ Sala de prensa / Estadísticas". Colegio de Escribanos, Provincia de Buenos Aires (2019). "Se reconocieron las últimas estadísticas del mercado inmobiliario". En línea en: <http://www.colescba.org.ar/portal/novedades/noticias/2389-se-conocieron-las-ultimas-estadisticas-del-mercado-inmobiliario.html>

construcción de un metro cuadrado de vivienda. El valor se actualiza diariamente en función a la variación del CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia), basado en el índice de precios al consumidor. El valor de la UVA en pesos se publica en el Banco Central de la República Argentina.⁸

Muchas personas adquirieron un Crédito UVA, con la idea de dejar de alquilar y con ese dinero invertir en una casa propia. Durante el año 2017 el monto de la cuota de un crédito hipotecario, rondaba el valor de un canon locativo mensual. Ello derivó en la adquisición de viviendas con créditos hipotecarios en UVAs.

En los tiempos que corren, esa situación se alteró, costando menos alquilar un inmueble que abonar la cuota mensual de un préstamo enmarcado en el Crédito Hipotecario UVA adquirido⁹. La modificación en el valor de las cuotas resultó altamente perjudicial para quienes tomaron esos créditos, “las cuotas de los créditos UVA aumentaron un 18,5% desde Enero a Mayo de 2019, y *en tres años —entre 2016 y 2019— un 147% en términos nominales*¹⁰” de allí se desprende la variación mencionada entre abonar una cuota mensual de un Crédito adquirido en

⁸ Según Observatorio Económico Social UNR (2018). UVA Unidad en valor adquisitivo. En línea en: <http://www.observatorio.unr.edu.ar/unidad-en-valor-adquisitivo-uva/>

⁹ “A mediados de 2017, en pleno auge del sistema UVA, una familia podía lograr que el Banco Nación le preste a 30 años hasta el 80% del valor de un dos ambientes usado de 43 metros cuadrados en un barrio porteño medio, si mostraba tener ingresos en blanco por \$26.400 al mes. Ese préstamo tenía una cuota inicial de \$ 6.750, 12% menor a los \$7.655 que costaba alquilar un inmueble igual. Actualmente, el valor promedio del alquiler para un departamento de dos ambientes es de \$14.349, mientras que para un tres ambientes asciende a \$20.088 por mes. Para pedir el mismo crédito hoy el banco exigirá ganar \$130.000 al mes, y la cuota arranca en casi \$33.000.”. IProfesional Economía (2019). “Las cuotas de los créditos UVA subieron más que los alquileres”. En línea en: <https://www.iprofesional.com/economia/289798-inflacion-ingreso-hipotecario-Las-cuotas-de-los-creditos-UVA-subieron-mas-que-los-alquileres> fecha de consulta 04/06/2019.

¹⁰ Casas, Ximena (2019).. “Créditos UVA luego de las crisis: las cinco claves que hay que conocer sobre los cambios en esta modalidad de préstamos hipotecarios”. Diario *Infobae*, Sección Economía. En línea en: <https://www.infobae.com/economia/2019/06/23/creditos-uva-luego-de-la-crisis-las-cinco-claves-que-hay-que-conocer-sobre-los-cambios-en-esta-modalidad-de-prestamos-hipotecarios/>

UVA y abonar la mensualidad de un alquiler promedio. *Como correlato, los deudores debieron solicitar ante las entidades bancarias la extensión del plazo de las hipotecas.*

III. Créditos hipotecarios en UVA entre 2017 y 2019

Tipo crédito hipotecario	Destino	Requisitos	Monto	Condiciones	Cuota
Ahorro Joven Procrear	Vivienda única	Edad entre 18 y 35 años. Trabajadores formales o informales, monotributistas con antigüedad de un año. Ingreso mensual entre \$18.000 y \$36.000	hasta 60 mil UVA o \$1.200.000	Debe ahorrar un 5 % del valor de la vivienda, hay que constituir un plazo fijo en UVA. Subsidio del Estado hasta \$240.000.	Entre \$6500 y \$5.500 mensuales
Crédito hipotecario UVA	Para la construcción y adquisición de viviendas.	Cuota ingreso el 30%. Cuota a financiar el 70%	Hasta \$5.000.000 en bancos privados y hasta \$3.000.000 en públicos	Taza: desde el 3,5 % al 8,5% anual. El deudor adeuda el equivalente en UVA.	Entre \$5.200 a \$5.600 por cada un millón solicitado. Cuota variable por inflación.
Construcción vivienda única en terreno propio	Vivienda única	Ser titular del terreno. y	Hasta \$2.770.000. No debe superar el 100% del valor de la obra.	Disponer de un ahorro del 20% del valor de la propiedad a construir.	1° tramo 30 % del monto a financiar. El 2°, es del 50 % y el 3° pago del 20%.

Segunda vivienda UVA	Construcción y adquisición de vivienda	La cuota hasta 30 % de los ingresos familiares.	\$5.000.000 en bancos privados y \$3.000.000 en bancos públicos.	Se finanza el 80%	Aproximado \$8.000.
Adquirir vivienda de pozo	Es para la adquisición de un inmueble de pozo.	El comprador puede ser una constructora o un usuario final Se financia hasta 70%	Hasta \$ 3.500.000	Para el usuario final tiene una tasa del 6,9%, se ajusta el UVA o CER, actualizables por el índice de la construcción.	Los desembolsos son según los avances de la obra.
Crédito Puente en UVA.	Inmuebles	Es para quienes son dueños y quieren comprar un inmueble antes de vender el que ya tienen.	Hasta \$2.770.000.	Se empieza a pagar a partir de los 30 días de la compra. La hipoteca a un plazo máximo de 30 años.	Cuota mensual. La financiación es por UVA. Hasta el 75% de la vivienda a comprar.
Tasa fija los primeros 3 años	Para la adquisición, cambio, ampliación, refacción o terminación de vivienda.		Hasta \$2.770.000.	La tasa es fija por 36 meses. En el mes 37, la tasa varía.	Cuota con tasa fija por 3 años, en el cuarto aumenta pero no podrá ser superior a la suba de los salarios.
Crédito Hipotecario Tasa Fija para compra de primera o segunda vivienda	El préstamo es para cubrir hasta el 70% de la primera vivienda y el 60% en el caso de la segunda		Hasta \$3.600.000.	El cliente podrá tener un préstamo a 10 años con una tasa fija de 18% TNA.	La primera mitad es a interés fijo y luego Badlar más 4%.

Para construcción y adquisición de vivienda	Es para vivienda única, familiar y de ocupación permanente.	Personas Humanas entre 18 y 55 años, y familias que tengan ingresos entre 2 a 4 salarios mínimos, vitales y móviles.	Hasta \$ 1.650.000.	Hay quienes recibieron el subsidio del Estado pero aun no pudieron comprar la vivienda.	Cuota de \$3.040 mensuales aprox, dependiendo del monto solicitado.
---	---	--	---------------------	---	---

**Tienen en común plazos de 20 años a 30 años.

IV. Paquetes de medidas para reactivar la economía y contener la inflación

Para paliar la crisis económica señalada, el Presidente Mauricio Macri anunció en abril del año 2019 un paquete de “Medidas Económicas y Sociales”¹¹, buscando mediante la reactivación de

¹¹ 1. *Precios y consumo/ Acuerdo de precios de productos esenciales*: Para mantener el precio durante seis meses de 60 productos de la canasta básica se realizó un acuerdo con 16 empresas de primera línea. Las empresas se comprometen a que haya disponibilidad de esos productos./ *Beneficios y Créditos ANSES*: Para los beneficiarios de ANSES con su tarjeta de débito tendrán una red de descuentos de entre el 10% y el 25% en supermercados, negocios de ropa, iluminación, viajes y turismo, electrodomésticos, línea blanca y materiales para la construcción. Se amplían los Créditos de Anses./ *Ley de Lealtad Comercial*: El Gobierno va a decretar un “Régimen de Lealtad Comercial”, con el fin de evitar monopolios o dominios de empresas líderes. Secretaría de Comercio Interior tendrá la atribución de sancionar “conductas desleales o anticompetitivas”, para a los más débiles./ *Cortes de carne a precios accesibles*: Los grandes frigoríficos van a “vender 120.000 kilos por semana de asado, vacío y matambre a \$149 el kilo (precio final) en la feria minorista del Mercado Central y en las bocas de expendio de cada uno de los frigoríficos”. 2. *Tarifas de servicios públicos/ Electricidad, gas y transporte*: En lo que resta del año no aumentaran las tarifas de electricidad, gas y transporte público./ *Telefonía celular*: Se va a “mantener el precio de la telefonía celular de las líneas prepagas durante cinco meses” 3. *Apoyo para las pyme/ Plan de pagos de AFIP*: Es regularizar deudas tributarias vencidas de todos los contribuyentes, con una tasa menor a las de planes previos y hasta 60 cuotas./ *Mejores condiciones para comercios*: a partir de ahora aquellos comercios que cobran con tarjetas de créditos, a los 10 días de efectuada la operación tendrán su dinero./ *Menos retenciones para pymes exportadoras*. 4. *Beneficios sociales/ Descuentos de hasta el 70% en medicamentos para AUH/ Créditos para conexiones de gas, será un crédito de 60 cuota y tasa baja. Valor desde \$489*./ En Presidencia de la Nación (2019). Medidas Económicas y Sociales. En línea en: <https://www.casarsada.gob.ar/pdf/Medidas%20economicas%20y%20sociales.pdf>

la economía, incrementar el consenso social perdido, y alentar a inversionistas a apostar por nuestro país. Este paquete de medidas se encontrará vigente hasta octubre de 2019 (seis meses).

Dentro del punto cuarto cuyas medidas se encuentran destinadas al beneficio social, el gobierno dispuso abrir un nuevo llamado al Procrear. En esta oportunidad estableció que diez mil (10.000) nuevas familias puedan acceder a su vivienda. Las familias aportarán un 10% del valor de la vivienda y el Estado Nacional el 20%, con un subsidio no reembolsable –el promedio de este subsidio será de \$550.000- según información extraída de la página web de Casa Rosada¹².

Otra de las medidas es ofrecer para créditos de hasta 140.000 UVAs, seguros optativos contra saltos de la inflación, por el 1,5% de la cuota.

V. Alcance de las medidas de gobierno relacionadas con el Procrear¹³

Irrisoriamente, dentro del nuevo llamado del Procrear el gobierno prevé otorgar 10.000 créditos para acceder a la primera vivienda familiar, con esta política pretende mitigar la problemática habitacional en todo el territorio de la República Argentina.

Reflexionemos, Argentina tiene una extensión territorial de aproximadamente 2 780 400 km², con una población aproximada a 45.376.763 de argentinos y argentinas, con una crisis habitacional, donde ya en el 2018 “uno de cada tres hogares tiene problemas de vivienda, (...) serían unos cuatro millones, de los cuales 1,5 millones son la cantidad de viviendas que

¹² ídem

¹³ Mediante el Decreto Nacional N° 902/2012 se creó el plan PRO.CRE.AR. BICENTENARIO, Programa de Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar”, con la finalidad de impulsar la actividad económica a través del incentivo a la construcción de viviendas, generando efectos beneficiosos sobre el conjunto de la economía, tanto en la producción, como en el trabajo y el consumo interno.

se necesitan construir”¹⁴. Sin referirnos a las personas que ni siquiera con crédito pueden acceder a una vivienda, tomando como ejemplo una sola provincia como es Salta, en ella “representa el 44% del déficit habitacional”¹⁵, sumado a ello, el “60% de población”¹⁶ no puede acceder a un Plan Procrear. A pesar de esta crisis habitacional, el actual Gobierno anunció para el Procrear un llamado para solamente unas 10.000 familias en toda la Argentina, una medida claramente insuficiente para los valores que venimos mencionando.

Entre los requisitos previstos para ingresar a este Plan Nuevo Procrear se debe contar con un ahorro del 10% del valor de la propiedad que se pretende adquirir y un 20 % resulta subsidiado por el Estado. Por el 70% restante del valor del inmueble, se otorga un crédito UVA indexado por inflación más un 7,5 % anual. El valor mensual de las cuotas a abonar por dicho préstamo, ronda aproximadamente la suma de pesos trece mil quinientos (\$13.500) por mes. El plazo es por 30 años. Además los beneficiarios van a pagar un Seguro UVA que “Compensará la diferencia de cuota si el índice de inflación supera al índice salarial en más del 10 por ciento”¹⁷. Ejemplo: “Si la inflación acumulada desde el inicio del crédito es del 40 por ciento y el índice salarial creció un 25 por ciento, el seguro cubrirá el 5 por ciento excedente”¹⁸.

¹⁴ Cabot Diego (2018). “Crisis habitacional: uno de cada tres hogares tiene problemas de vivienda”. Sección Política. Diario La Nación. En línea en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/crisis-habitacional-uno-de-cada-tres-hogares-tiene-problemas-de-vivienda-nid2121533>

¹⁵ Corbalán Javier (Sin fecha). “La provincia de Salta tiene un déficit habitacional de más de 72.000 viviendas”. Diario El Tribuno. En línea en: <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2019-3-31-0-0-0-la-provincia-de-salta-tiene-un-deficit-habitacional-de-mas-de-72-000-viviendas/amp>

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Diario La Voz. “Las Nuevas líneas de crédito que anunció Nación”. Sección Política./Créditos. En línea en: <https://www.lavoz.com.ar/politica/nuevas-lineas-de-credito-que-anuncio-nacion>

¹⁸ Ídem.

VI. Nuevo llamado Procrear 2019

Tipo crédito hipotecario	Destino	Requisitos	Monto	Condiciones	Cuota
NUEVO LLAMADO PROCREAR	Vivienda Solo 10000 crédito para todo el país	Debes contar con un ahorro del 10% del valor de la vivienda. Se paga un seguro.	\$550.000. Plazo de cancelación 30 años	El Estado da un subsidio del 20% del valor de la vivienda. Resto del valor crédito UVA indexados por inflación más un 7,5% anual	Aprox. de \$13.500 mensuales

VII. Situación de los deudores de Créditos UVAs en Provincia de Buenos Aires

Frente a la difícil realidad que les toca enfrentar a los deudores de créditos en UVAs en la provincia de Buenos Aires, fue presentado ante el Congreso Provincial Bonaerense un proyecto de “LEY DE PROTECCIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS EN UNIDADES DE VALOR ADQUISITIVOS (UVA) DESTINADOS A LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS FAMILIARES Y/O AUTOMOTORES OTORGADOS POR EL BANCO PROVINCIA DE BUENOS AIRES” presentado para paliar la crisis que viven aquellos que adquirieron créditos en UVA¹⁹. El objeto del proyecto es dotar al Banco de la Provincia de facultades para proteger a las familias bonaerenses que han adquirido créditos hipotecarios en Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por Coeficiente de Estabilización de Referencia “CER” – Ley 25.827 (“UVA”) destinados a la adquisición de viviendas familiares. Establece un tope legal de 30% para la relación entre el salario

¹⁹ El autor del proyecto es el senador de UC-FpV Federico Susbielles, quien expresó a la prensa al finalizar la sesión: “No hay argumentos técnicos, financieros ni mucho menos políticos para rechazar esta ley que fue trabajada con las familias deudoras, y que contempla un amplio abanico de posibilidades para evitar el colapso del sistema crediticio”.) Según Caballero Manuel (2019). “Escándalo: Cambiemos rechazó la emergencia para tenedores de créditos UVA”. Diario InfoBaires24. Sección Sociedad. En línea en: <https://www.infobaires24.com.ar/escandalo-cambiemos-rechazo-la-emergencia-para-tenedores-de-creditos-uva/>

y las cuotas a abonar, evitando que en el futuro se fijen proporciones de peso del crédito superiores a lo razonable. Asimismo, se establece el seguro de cambio para garantizar la efectiva realización de las operaciones independientemente de los vaivenes del tipo de cambio.

Cuadra mencionar que ese proyecto fue rechazado por el bloque oficialista²⁰.

VIII. Conclusión

Con el transcurso del tiempo y el paso de diferentes Gestiones Presidenciales, el acceso a créditos tendientes a adquirir viviendas familiares, fue variando.

La descontrolada situación económica y financiera de nuestro país desde 2016 a la fecha, impactó fuertemente en el acceso a la vivienda. Las altas tasas de interés, el incremento del valor de los inmuebles, la suba de dólar, la recesión, la actualización de los créditos por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), perjudicó el bolsillo de quienes, en estos últimos años y a través de políticas públicas erradas, entraron al Programa con el sueño de adquirir su primera vivienda.

Durante la puesta en vigencia del Programa Procrear hasta el año 2015, la variación de las tasas fue mínima, permitiendo que muchos argentinos y argentinas lograran obtener sus viviendas.

Las modificaciones incorporadas por el gobierno actual al Programa Procrear, como medidas económicas y sociales destinadas a incrementar el acceso a la vivienda digna fue la actualización mediante “Unidad de Valor Adquisitivo (UVA)”. Los altos niveles de inflación repercutieron en la tasa de interés UVA ocasionando una suba en la cuota del crédito hipotecario, ello trajo a colación que los deudores no paguen las cuotas de

²⁰ La votación contó con 29 votos de Cambiemos, contra 13 votos de la oposición, entre Unidad Ciudadana y el PJ-Unidad y Renovación. El Frente Renovador estuvo ausente.” Según Op. Cit. Caballero Manuel (2019).

los mencionados créditos obtenidos. Ante la falta de pago, los bancos ofrecen a los deudores la refinanciación de sus créditos, actualizando los montos adeudados, por ende los deudores luego de haber abonado una importante cantidad de cuotas, encontraron que su deuda lejos de disminuir, se abultó. Aparece junto con este malestar y stress, el temible fantasma de perder la única vivienda frente a posibles ejecuciones hipotecarias. Esta situación atenta contra los deudores hipotecarios, que ven totalmente desmejorada su posición y a punto de perder la ilusión de ver crecer a sus hijos e hijas en el seno familiar.

Con las medidas ofrecidas y el llamado a nuevos créditos Procrear cuyo número es insuficiente, la crisis habitacional lejos está de disminuir. Los 10.000 créditos ofrecidos para familias a lo largo y a lo ancho de nuestro territorio Argentino, es una ínfima cantidad que se torna burlona del destino familiar.

Con carácter urgente se necesitan nuevas medidas y políticas públicas destinadas por un lado a aquellos que pueden acceder a un crédito hipotecario con mejoras en la accesibilidad y con tasas más favorables; y por otro lado medidas o planes para que quienes no tienen los ingresos mínimos requeridos, puedan acceder a sus viviendas a través de Procrear u otros programas creados al efecto.

Finalmente, es primordial que todos y todas alcancemos el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, resultando imprescindible que el Estado se involucre activamente en ello mediante nuevas políticas públicas, tendientes a facilitar el acceso al techo propio, ya que citando a Mario Benedetti: “La vivienda no es sólo un bien inmobiliario, es también una forma de consolidación espiritual”.

IX. Bibliografía

Caballero Manuel (2019). “Escándalo: Cambiemos rechazó la emergencia para tenedores de créditos UVA”. Diario *InfoBaires24*. Sección Sociedad. En línea en: <https://www.infobaires24.com.ar/escandalo-cambiamos-rechazo-la-emergencia-para-tenedores-de-creditos-uva/>

- Cabot Diego (2018). “Crisis habitacional: uno de cada tres hogares tiene problemas de vivienda”. Sección Política. Diario *La Nación*. En línea en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/crisis-habitacional-uno-de-cada-tres-hogares-tiene-problemas-de-vivienda-nid2121533>
- Casas, Ximena (2019). “Créditos UVA luego de las crisis: las cinco claves que hay que conocer sobre los cambios en esta modalidad de préstamos hipotecarios”. Diario *Infobae*, Sección Economía. En línea en: <https://www.infobae.com/economia/2019/06/23/creditos-uva-luego-de-la-crisis-las-cinco-claves-que-hay-que-conocer-sobre-los-cambios-en-esta-modalidad-de-prestamos-hipotecarios/>
- Colegio de Escribanos, Provincia de Buenos Aires (2019). “Se reconocieron las últimas estadísticas del mercado inmobiliario”. En línea en: <http://www.colescba.org.ar/portal/novedades/noticias/2389-se-conocieron-las-ultimas-estadisticas-del-mercado-inmobiliario.html>
- Corbalán Javier (2019). “La provincia de Salta tiene un déficit habitacional de más de 72.000 viviendas”. Diario *El Tribuno*. En línea en: <https://www.tribuno.com/salta/nota/2019-3-31-0-0-0-la-provincia-de-salta-tiene-un-deficit-habitacional-de-mas-de-72-000-viviendas/amp>
- Diario La Voz (2019). “Las Nuevas líneas de crédito que anunció Nación”. Sección Política/ Créditos. En línea en: <https://www.lavoz.com.ar/politica/nuevas-lineas-de-credito-que-anuncio-nacion>
- Jara, Luciano (2018). “UVA Unidad en valor adquisitivo” Observatorio Económico Social Universidad Nacional de Rosario. En línea en: <http://www.observatorio.unr.edu.ar/unidad-en-valor-adquisitivo-uva/>
- Presidencia de la Nación (2019). Medidas Económicas y Sociales. En línea en: <https://www.caserosada.gob.ar/pdf/Medidas%20economicas%20y%20sociales.pdf>
- PROCREAR (2019). “La solución de la casa propia”. Ministerio del Interior y Obras Públicas. En línea en: <https://www.argentina.gob.ar/micasa/quiero-micasa/procrear/quees>
- IProfesional Economía (2019). “Las cuotas de los créditos UVA subieron más que los alquileres”. En línea en: <https://www.iprofesional.com/economia/289798-inflacion-ingreso-hipotecario-Las-cuotas-de-los-creditos-UVA-subieron-mas-que-los-alquileres>

La hegemonía de la familia

The hegemony of the family

A hegemonia da família

L'hégémonie de la famille

家庭的霸权

Fabián Andrés Bernal¹ | Universidad Nacional
de Colombia

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 159-177

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e303>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6711-3531>

Recibido: 07/04/2019

Aprobado: 25/06/2019

Resumen: La Familia como institución del Estado moderno, ha ejercido y reproducido –desde el nacimiento de los Estados-Nación– directrices estatales cuyo objeto se centra en la conducción y disciplinamiento poblacional. A través de la generación de discursos hegemónicos y comportamientos socialmente instaurados y valorados como buenos o malos, se ha logrado incidir en las esferas más íntimas de la población para direccionar su comportamiento hacia la utilidad estatal. Pese a los cambios en los procesos culturales, a la adaptación de la institución de la familia a las dinámicas sociales, a la modificación de la integración clásica de la misma y a la incorporación de discursos contra hegemónicos sobre la familia, su sentido institucional de control social sigue siendo el mismo.

Palabras claves: Hegemonía, Familia, Estado, Control

¹ Politólogo y Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Magister en Historia y Memoria de la UNLP. Actualmente trabaja para la Comisión Provincial por Memoria Provincia de Buenos Aires.

Abstract: As a modern institution of the state, the family has both exercised and reproduced –ever since the birth of modern nation-states– official guidelines whose main objective pursue the discipline of its population. Through the production of hegemonic discourses as well as socially established behaviors categorized as good or bad, this institution has always been considerably influential in the most intimate part of the lives of its people, with a view to directing the social behavior for the benefit of the state. Despite the changes undergone in contemporary cultural processes, the adaptation of the family institution to new social dynamics, the shift of the traditional family foundations, and the uprising of counter-hegemonic discourses, its institutional sense of social control is still present.

Keywords: Hegemonic, Family, State, Control

Resumo: A Família como instituição do Estado moderno, exerceu e reproduziu - desde o nascimento dos Estados Nacionais - diretrizes estaduais cujo objeto focaliza na condução e a disciplina populacional. Através da geração de discursos hegemônicos e de comportamentos socialmente estabelecidos e valorizados como bons ou maus, conseguiu-se influenciar as esferas mais íntimas da população para direcionar seu comportamento para a utilidade do Estado. Apesar das mudanças nos processos culturais, a adaptação da instituição da família as dinâmicas sociais, a modificação de sua integração clássica e a incorporação de discursos contra hegemônicos sobre a família, seu sentido institucional de controle social continua sendo o mesmo.

Palavras-chave: Hegemonia, Família, Estado, Controle.

Résumé: la famille, en tant qu'institution de l'État moderne, a exercé et reproduit - depuis la naissance des états-nations - des directives étatiques mettant l'accent sur la conduite et la discipline de la population. Grâce à la génération de discours hégémoniques et de comportements socialement établis et considérés comme bons ou mauvais, il a été possible d'influencer les sphères les plus intimes de la population afin qu'elles orientent leur comportement vers l'utilité de l'État. Malgré les changements dans les processus culturels, l'adaptation de l'institution familiale à la dynamique sociale, la modification de son intégration classique et l'incorporation de discours non hégémoniques sur la famille, son sens institutionnel de contrôle social reste pareil.

Mot-clés: hégémonie, famille, état, contrôle

摘要:家庭作为现代国家的一个机构,自民族国家诞生以来,一直在行使和复制国家指导方针,重点是人口管理和纪律。通过产生霸权话语和社会建立的行为并被视为好的或坏的,有可能影响人口中最亲密的领域,以指导他们的行为走向国家效用。尽管文化进程发生了变化,家庭制度对社会动态的适应,对其经典整合的修改以及对家庭霸权主义的言论的整合,其社会控制的制度意义它保持不变。

关键字: 关键字: 霸权, 家庭, 国家, 控制

I. La familia como institución

La *Familia, la Propiedad y el Estado*, han concentrado gran preocupación en los análisis de la economía clásica hasta la época actual. Incluso el marxismo centro muchos de sus postulados en problematizar estas instituciones que hacen parte de los pilares fundamentales del Estado moderno.

Con el nacimiento de los Estados Nación tras la finalización de la Guerra de los 30 años (1618-1648) y la firma de la paz de Wesfalia (considerada la precursora del primer sistema internacional); la preocupación de los gobernantes paso de *hacer la guerra* y extender sus dominios, a garantizar la conservación de sus territorios y procurar *el buen vivir* de sus habitantes; los cuales quedaban amparados a un ordenamiento jurídico territorial definido por cada uno de los Estado nación. Aquí hubo un giro entre la potestad del monarca en cuanto a su facultad de “Dejar vivir y hacer morir” a una concepción que perseguía justamente lo contrario: “hacer vivir” y garantizar la buena muerte. Es así como la *governabilidad* y las técnicas del buen gobierno se fueron convirtiendo en las prerrogativas de los nacientes Estados.

Dentro de los desafíos a los que se enfrentaba esta nueva concepción de la política y el ejercicio del poder, se encontraba: 1. la generación de ejércitos profesionales estables para defender las fronteras, pues “*al inicio de la guerra de los 30 años la necesidad de un ejército era cubierta rápidamente por la existencia de mercenarios, pero con el avance de la industria*

y el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, superior a la de los soldados, los gobiernos tuvieron que entrar en competencia con los empleadores privados para lograr la formación de los ejércitos estables. Rusche y Krichheimer (1984)”.

2. Generar políticas de salubridad que previnieran la diezma de la población debido a las pestes y 3 incrementar la productividad del territorio mediante el control de la productividad en las distintas esferas de la sociedad. Para lograr esto, la mirada del Estado principalmente tuvo que recaer sobre la población, a la cual había que direccionar no solo a través del dispositivo jurídico, sino también por medio de la asignación de nuevos roles sociales que garantizaran el nuevo ordenamiento social y político.

Fue con la revolución francesa que se apuntalaron los cimientos en los cuales el Estado se convertiría en principal defensor, no solo de la propiedad privada y la libertad individual –para algunos sectores sociales– sino también, en principal defensor de la Familia como institución nuclear². Bajo esta concepción fue posible distribuir y apuntalar los diferentes roles sociales, a los fines de sostener las principales prerrogativas estatales posteriores a la revolución. *“El conjunto de procedimientos de transformación de la Familia también instauró las formas de integración moderna, gracias a las cuales nuestras sociedades han ido adquiriendo su carácter tan particularmente refinado [...] Donzelot (2008)”* y de esta manera se apuntalaron los intereses estatales desde las capas de influencia más cercanas a cada habitante.

Uno de esos grandes intereses fue la formación y conservación de la descendencia, ya que esto representaba la garantía de sostenimiento futuro del Estado nación. *“A partir de mediados del siglo XVIII comienza a florecer una abundante literatura sobre el tema de la conservación de los hijos [...]. A través de esta literatura se cuestionaban las costumbres educativas y se*

² A partir de la codificación de la normativa vigente, posterior a la revolución francesa, se instala como principal preocupación del derecho la persona y con esto se empiezan a configurar las instituciones de Derecho Civil: Persona, Familia, Patrimonio y Herencia. Todas derivadas del espíritu de la Revolución Francesa, la libertad y la propiedad.

denunciaban tres hábitos especialmente nocivos: la práctica de los orfanatos, la educación de los niños por nodrizas domésticas y la educación “artificial” de los niños ricos Donzelot (2008)”. Cada uno de estos hábitos representaba un problema de gravedad institucional a los fines de garantizar el sostenimiento y productividad de cada individuo dentro del ordenamiento social. Siguiendo a Jacques Donzelot, a la administración de los huérfanos le reprochaban las altísimas tasas de mortalidad de los menores que recogía: el noventa por ciento moría antes de que el estado hubiera podido “sacar provecho” de esas fuerzas, que le había costado mucho mantener durante la infancia y la adolescencia. En la idea de que cada individuo es insumo combustible, cuya función es servir de abono a la motorización de la maquinaria estatal; la muerte “improductiva y deficitaria” era vista como un problema social del cual el Estado debía ocuparse. Para esto se implementaron medidas de cuidado y políticas de contratación de nodrizas, lo cual trajo consigo otras problemáticas.

Dentro de esta concepción mecanicista de la gobernabilidad las nodrizas no constituyeron la solución esperada, debido a que las dificultades que la administración enfrentaba a la hora de procurar buenas nodrizas eran: no solo la mala voluntad y la inexperiencia de las mismas, sino el problema fundamental de la lactancia de niñas y niños.

Las nodrizas tenían grandes dificultades para lograr que les pagaran, pese a las penas de cárcel que la justicia imponía a los padres que no cumplían con ese deber en término (a tal punto que el objetivo de una de las primeras asociaciones filantrópicas fue reunir el dinero suficiente para liberar a los padres detenidos con motivo de este delito). Así para compensar ese riesgo, las nodrizas pobres se hacían cargo de varios niños a la vez. En esa instancia intervenían los transportadores para buscar mujeres que estuvieran en condiciones de suministrar un niño; hecho esto, el niño era entregado a la nodriza mediando una comisión y en ciertos casos, los niños morían en camino. Donzelot (2008).

La generación de mercados a través de las nodrizas y el “trafico” de niños y niñas continuo obstaculizando el interés estatal de procurar el debido control y “rentabilidad” de cada uno de sus habitantes.

Acorde a lo anterior, es válido afirmar que en el extremo más pobre del cuerpo social, *“el problema radicaba en la irracionalidad de la administración de los hospicios, los escasos beneficios que el estado obtenía de la crianza de una población que no llega, sino excepcionalmente, a una edad en que puede reintegrar al Estado los gastos que ha ocasionado, es decir: la ausencia de una economía social. En su extremo más rico, se centraba en la organización del cuerpo con vistas a un uso estrictamente derrochador de aquellos procedimientos que lo constituyen como un mero principio de placer, es decir, la ausencia de una economía del cuerpo”*³ Donzelot (2008); dado que en las familias con mayores ingresos era posible acceder a una nodriza exclusiva que se ocupaba incluso de la formación y cuidado de los niños y niñas, mientras el padre y la madre podían dedicar su tiempo a otro tipo de actividades. *“En este punto en particular los médicos creen descubrir en el comportamiento de las nodrizas una explicación para muchas de las taras que afectan a los hijos de los ricos. “A veces nos sorprendemos –dice Bochan–” al ver a los hijos de padres honestos y virtuosos revelar, desde sus primeros años, un fondo de bajeza y maldad. No cabe duda de que esos niños adquieren todos sus vicios en casa de sus nodrizas.* Donzelot (2008)”. A partir de esta interpretación del problema, inicia el direccionamiento de las distintas técnicas de gobierno, no solo en procura de la conservación de los niños y niñas, sino también y con mayor énfasis en el control de la educación que les era suministrada.

³ Donzelot citando a Leroy Alphonse relata que “El uso de la faja se instituyó cuando aquellas madres que se negaban a alimentar a sus hijos los confiaron a viles esclavas que nada hacían por desarrollar fuerzas de un niño que algún día podría agobiarlas. El esclavo, naturalmente enemigo del amo, debió de serlo de su hijo; solo experimentaron por ellos sentimientos de temor y desarrollaron con alegría vínculos que les permitían abandonarlos son correr ningún peligro que pudiera traicionar su negligencia”.

Donzelot sostiene que el apuntalamiento de la ciencia médica como principal visionaria de la problemática social género que el siglo XVIII se hiciera célebre por su revalorización de las tareas educativas. Argumenta que aquello que se instaura en esa época es una reorganización de los comportamientos educativos en torno a dos polos muy diferenciados y con estrategias muy distintas. El primer polo está centrado en la difusión de la medicina doméstica, es decir, un conjunto de conocimientos y técnicas destinado tanto a lograr que las clases burguesas aparten a sus hijos de la influencia negativa de los criados, como a poner a los criados bajo vigilancia de los padres. El segundo polo podría reagrupar, bajo la etiqueta “economía social”, todas las formas de dirección de la vida de los pobres con vistas a disminuir el costo social de su reproducción y obtener una cantidad deseada de trabajadores con un mínimo gasto público. Es así como se empieza a implementar el gobierno del individuo, tomando control y direccionando los hábitos de su vida privada, a los fines de constituir sujetos públicamente rentables.

Este vínculo orgánico entre medicina y familia tendrá una profunda repercusión en la vida familiar e inducirá su reorganización en al menos tres direcciones: 1. el estrechamiento de la familia contra las influencias negativas del antiguo medio educativo, contra los métodos y los prejuicios de los criados, contra todos los efectos de las promiscuidades sociales; 2. El establecimiento de una alianza privilegiada con la madre gracias al reconocimiento de su utilidad educativa; 3. La utilización de la familia por parte del médico contra las antiguas estructuras de enseñanza, la disciplina religiosa, el hábito del internado. Donzelot (2008).

Este direccionamiento se enmarca no solo desde los postulados iniciales y originarios de los Estados nación, sino los ideales laicos profesados desde la misma revolución francesa.

Todo ello, rige por cierto, solo para las familias ricas, aquellas que tienen criados, [...] aquellas que pueden pagar de sus estudios en colegios, aquellas en suma que tienen

recursos suficiente para sacar provecho de esa clase de obras. La intervención sobre las familias populares circuló por carriles diferentes a los de difusión de conocimientos, técnicas o el establecimiento de una alianza orgánica entre familia y medicina. Hasta fines del siglo XIX la tasa de analfabetismo en las clases populares era muy alta, la gente del pueblo no podía tener un médico de familia, pero también y sobre todo porque los problemas en estas familias son totalmente distintos. Donzelot (2008).

Todavía a finales del siglo XVIII era común encontrar la combinación de los más variados propósitos estatales en las denominadas *casas de corrección*, las cuales fueron pensadas con la idea de “sacar provecho de todos los individuos, incluso de quienes tenían peores condiciones de supervivencia o conflictividad social”; “en estas casas, que podían ser simultáneamente orfanatos, institutos para ciegos, sordos y mudos, manicomios o colonias penales, podían leerse inscripciones como “con el fin de corregir a los deshonestos y custodiar a los dementes. Rusche y Krichheimer (1984)”. Estos lugares –a diferencia de la difusión de conocimientos o la intervención del médico en las familias adineradas– se implementaron como la principal iniciativa de direccionamiento poblacional de los sectores pobres, con fines netamente economicistas. Vale mencionar que la forma precursora de la prisión moderna está estrechamente ligada a las casas de corrección y su modo de producción. No siendo la reeducación, sino la explotación racional de la fuerza de trabajo, el objetivo principal. Ni el modo de reclutamiento de los internados, ni las consideraciones que habían de tomarse en cuenta para su liberación constituyeron un problema importante para la administración. En efecto se trataría de una misma preocupación por asegurar la productividad de los individuos, difundir los mismos preceptos de control poblacional; pero la naturaleza de las operaciones implicadas se manifiesta de forma diferente, aunque se encaminan al control social desde el núcleo familiar.

Para esto se hizo necesario distinguir diversas clasificaciones de Familia sobre las cuales se hacía recaer la intervención estatal

–categorías que actualmente mantienen su vigencia–. Siguiendo a Donzelot podemos definir las como:

- *Familias in-estructuradas:*

Son aquellas familias cuyos rasgos dominantes son: la inestabilidad profesional, la inmoralidad, la suciedad. En síntesis, esa franja de la clase obrera en la que la mala conducta se alía al fatalismo. En el origen de una intervención tutelar, siempre encontramos el procedimiento de la denuncia, es decir, la notificación al juez de menores de la existencia de una situación crítica en tal o cual familia por parte de instancias que pueden ser públicas o privadas. En el caso de esta categoría de familias, las denuncias proceden de otros servicios sociales: las asistentes sociales de las cajas de subsidios familiares o las asistentes sociales del sector [...] en segundo lugar vienen de la policía. La primera interviene cuando se la convoca para poner fin a borracheras o escenas familiares demasiado ruidosas; la segunda para reprimir a las familias de marginales (los chatarreros, las familias vagabundas instaladas en un baldío) que perturban la paz del lugar. Por último la escuela y los vecinos cierran la lista: ausentismo escolar y cartas anónimas. Donzelot (2008)⁴.

- *Las familias normalmente constituidas pero rechazantes o sobre protectoras:*

Una familia numerosa en una vivienda moderna pero estrecha. Para poder ocuparse de los más jóvenes, la madre expulsa a los mayores. El padre al regresar del trabajo pide que lo dejen tranquilo en vez de brindar cuidados

⁴ Donzelot cita algunos ejemplos como: la familia D. el padre, de treinta años, es camionero. Cambia a menudo de empleador, suele estar ausente del hogar por su trabajo, colecciona multas y acciones judiciales (ultrajes al pudor con menores que hacían dedo, etc.). La madre, sin profesión, vive en una vieja granja con su padre alcohólico y sordo, sus cuatro hijos muy sucios, pues no hay agua corriente en la casa. Suelen recibir jóvenes de paso, con los cuales “bailan en el patio al ritmo de un transistor y se entregan a actos incalificables”. La hija mayor está embarazada por obra de un “joven ocioso”. Para completar el cuadro de la familia inestructurada, es preciso imaginar a su alrededor un cortejo por momentos mucho menos divertido Jacques: la policía de las familias.

educativos a los hijos. La vida en la calle constituye, pues, una buena parte del marco de existencia de los menores de edad, con todas las consecuencias que eso acarrea en cuanto a las “malas compañías” y la exposición al control policial. Entonces si el padre o madre se anticipan al arresto policial de sus hijos y previenen a una asistente social, se diría que son “rechazantes”; si los encubren por considerar que sus callejeos no son tan graves, y mucho menos culpa de ellos, son “sobre protectores”. La intervención tutelar proviene en partes más o menos iguales de la familia o de la policía y los servicios sociales. Con las familias “normales”, la táctica es, pues, muy diferente de aquella que se observa en las *familias inestructuradas*. El objetivo entonces era convertir o destruir. Ahora se trata de garantizar la función de la crianza y poner en juego una función disciplinaria antes que fortalecer una posición de autoridad. Todo sucede como si el aparato tutelar transmitiere a las familias el siguiente discurso: “envíen a sus hijos a la escuela, al centro de enseñanza técnica, en calidad de aprendices, a la fábrica, al ejército; vigilen sus compañías, su empleo del tiempo, sus desplazamientos. Si ustedes no se ocupan de ellos, nosotros nos encargaremos de hacerlo, re inyectaremos a sus hijos en los dispositivos disciplinarios” Donzelot (2008). Los hogares de jóvenes trabajadores, los hogares de acción educativa, los internados de reeducación y la cárcel.

- *Las familias carenciadas:*

Son las familias en que el padre o la madre, o bien ambos, han muerto o son víctimas de una incapacidad decisiva. El cuadro es casi siempre el mismo: a partir de los cincuenta años, el hombre o mujer declina seriamente y sus actividades se reducen. Si no muere, su impotencia y el carácter paupérrimo de los ingresos de la familia impiden el sostenimiento familiar. La segunda causa es la muerte prematura del padre o madre con la situación dramática que atrae aparejada. Y la última, el padre o madre ausentes por detención penal y las consecuencias de las ausencias por motivos psiquiátricos, las cuales

deben ser administradas por los servicio de acción social.
Donzelot (2008)⁵.

Hasta aquí es posible destacar los criterios a través de los cuales se despliega el control social, haciendo uso de la institución familiar y su correspondiente categorización, a los fines de clasificar los focos poblacionales y el tipo direccionamiento aplicable, según sea el caso.

- *Familias socialmente “bien constituidas”:*

Como pudimos observar, los modelos de familia mencionados, tienen en común la intervención tutelar del Estado, a los fines ya sea de corregir, castigar los comportamientos considerados desviados o asistir las situaciones de carencia que impidan el funcionamiento esperado del núcleo familiar. Sin embargo hay familias que podemos incluir en una cuarta categoría, las cuales no son objeto de dicha intervención, dado que sus integrantes reproducen los comportamientos socialmente aceptados y valorados como “buenos”. Ejemplo: el tipo de familia en la cual el padre y la madre consolidan un cuidado conjunto de los niños y niñas, y estos a su vez responden al desarrollo social que se espera de ellos –buenas calificaciones en la escuela, continuar los estudios universitarios o conseguir un trabajo estable, etc– y posteriormente adquirir la independencia para formar su propia familia reproduciendo los valores de disciplina y trabajo adquiridos en el hogar.

En lo que sigue veremos cómo los esfuerzos sociales, para no ser insertados en alguna de las anteriores categorías, han generado discursos hegemónicos y contra hegemónicos, en los cuales la institución de la familia sigue siendo el principal epicentro de disputa cultural y control poblacional.

⁵ Donzelot cita: la familia B., el padre, setenta años, con silicosis avanzada, la madre desaparecida desde hace diez años, expulsada por el marido. Vive con sus tres hijos (de diecinueve, dieciséis, y once años) viven en una casa cuasi usurpada, o cuya posesión no es transmisible a los hijos.

II. La familia como dispositivo cultural de control social

Con el propósito de problematizar la institución de la *Familia*, es necesario ubicarnos en una concepción de cultura que implique un lugar de disputa constante; Igualmente que nos aleje de una idea de cultura que no tenga en cuenta un proceso social cambiante con actores sociales diversos. *“En este sentido y siguiendo a Williams es necesario entender que “el concepto de hegemonía refiere a un proceso. Y excepto desde una perspectiva analítica, no es un sistema o una estructura. Es un complejo efectivo de experiencias, relaciones y actividades que tienen límite y presiones específicas y cambiantes. En la práctica, la hegemonía jamás puede ser individual. [...] No se da de modo pasivo como una forma de dominación. Debe ser continuamente renovada, recreada, defendida y modificada. Así mismo, es continuamente resistida, limitada, alterada, desafiada por presiones que de ningún modo le son propias. WILLIAMS (2000)”.*

Con esto en claro veremos como a través de los discursos culturales se constituyen hegemonías y contra hegemonías, de igual manera como los discursos hegemónicos son desplegados desde distintas instancias del Estado, para ser receptados socialmente y direccionados través de –en este caso– la familia, a los fines llevar adelante un “control productivo” de la población.

En primer lugar tenemos que reconocer tres categorías generales activas de uso de la palabra cultura (i) el sustantivo independiente y abstracto que designa un proceso general de desarrollo intelectual, espiritual y estético, a partir del siglo XVIII; (ii) el sustantivo independiente, ya se lo utilice de manera general o específica que indica un modo de vida determinado, de un pueblo, un periodo, un grupo o la humanidad en general. Pero también es preciso que reconozcamos (iii) el sustantivo independiente y abstracto que describe las obras y prácticas de la actividad intelectual y especialmente artística. Con frecuencia este último parece el sentido más difundido: cultura es música, literatura, pintura y escultura, teatro cinematografía. WILLIAMS (2003).

En este sentido, se hace difícil situarse taxativamente en alguna de las categorías, ya que *“la teoría cultural alcanza su mayor importancia cuando se consagra justamente a las relaciones entre las numerosas y diversas actividades humanas, que histórica y teóricamente se agruparan de esta manera y en especial: cuando explora estas relaciones, como dinámicas específicas dentro de situaciones históricas globales y posibles de ser descritas como prácticas cambiantes y modificable”*. WILLIAMS (1997). Por lo anterior, a los fines de comprender los fenómenos culturales, entendemos la cultura, no solo como manifestaciones estéticas, sino como el sustantivo abstracto que designa un proceso humano y social que determina las formas de pensar, vivir e interpretar la realidad en un momento y lugar determinados.

Desde esta perspectiva es posible problematizar el rol de la institución familiar en el sostenimiento de sentidos y prácticas que son valoradas o desvaloradas socialmente. Ejemplo de esto es la estructura de la institución familiar tradicional; encabezada por *El Padre Trabajador* (encargado de la provisión y manutención) *La Madre* (encargada del cuidado del hogar, la formación de los y las hijas) y *los hijos e hijas*, sobre quienes recae la tutela y formación Estatal a los fines de constituirlos en futuros Padres y Madres productivos. La conducción poblacional hacia una economía social. Con el devenir del tiempo y los distintos avances sociales este modelo clásico de constitución familiar se ha ido des-estructurando, hacia un modelo menos rígido. Sin embargo, esto no implica una pérdida de vigencia del modelo clásico; en lugar de eso evidencia que la institución de la familia, es perfectamente capaz de adaptarse a los momentos sociales, sin perder su función de control.

El mencionado modelo clásico de familia, se constituyó siempre como un modelo *hegemónico*, y para entender *“esto es necesario mencionar que Gramsci planteo una distinción entre dominio y hegemonía. El dominio se expresa en formas directamente políticas y en tiempos de crisis por medio de una coerción directa o efectiva. Sin embargo, la situación más habitual es*

un complejo entrelazamiento de fuerzas políticas, sociales y culturales WILLIAMS (2000); por otro lado *“la hegemonía es un concepto que a la vez, incluye –y va mas allá de– los dos poderosos conceptos anteriores: el de cultura, como el de proceso social total, en que los hombres y mujeres definen y configuran sus vidas WILLIAMS (2000)”*. Desde esta perspectiva el discurso hegemónico de la familia se ha constituido como un ordenador que distribuye y mantiene roles de conducta social. Con el propósito de ejemplificar esto, basta con tomar en cuenta algunos postulados actuales –de instancias estatales o religiosas– sobre la institución de la familia:

“hoy duele decirlo. Se habla de familias diversificadas, de distintos tipos de familia. Si, es verdad que la palabra familia es análoga: hay familias de estrellas, de árboles, de los animales. Pero la familia, imagen de Dios, hombre y mujer, es una sola.”

“Una vez conocí a una pareja de diez años, sin hijos. Es muy delicado porque los niños a veces no vienen. En cambio, supe que no querían niños. Pero estas personas en casa tenían tres perros y dos gatos”. Infobae. (16-06-2018) Para el Papa Francisco, el aborto es “como lo que hacían los nazis pero con guantes blancos”. Recuperado de <https://www.infobae.com/politica/2018/06/16/para-el-papa-francisco-el-aborto-en-algunos-casos-es-nazismo-con-guantes-blancos/>

Estos dos argumentos provenientes de la máxima autoridad de la iglesia católica –el Papa Francisco– representan uno de los discursos hegemónico sobre la familia. Desde esta perspectiva es innegable que *“el concepto de hegemonía tiene un alcance mayor que el concepto de cultura, tal como fue definido anteriormente, por su insistencia en relacionar el proceso social total con las distribuciones específicas del poder y la influencia. WILLIAMS (2000)*. El proceso social sobre el cual recae este posicionamiento es la configuración de un modelo de familia valorado socialmente –que no sea objeto de la intervención tutelar como los tres primeros modelos analizados– y manifiesta

una lectura moral que tiende a valorar o desvalorar los tipos de familia que no se ajustan al interés hegemónico.

En el mismo sentido, desde algunas instancias estatales también se sostiene el mismo discurso hegemónico:

“Los niños tienen que ser adoptados por una mamá y un papá” [...] “... han destruido a toda la institución del matrimonio y han dejado discriminación a las personas que tienen un matrimonio heterosexual”. TKM. (15-08-2018). Así hablaba la senadora anti aborto Silvia Elías de Pérez sobre el matrimonio igualitario. Recuperado de <https://www.mundotkm.com/genero/2018/08/15/asi-hablaba-la-senadora-anti-aborto-silvia-elias-de-perez-sobre-el-matrimonio-igualitario/>

“Si me pones en la situación de un niño que está en condiciones de abandono y en situación de una vida que va a ser muy dolorosa y muy triste y nadie lo quiere adoptar, pero hay una pareja de homosexuales que lo quiere adoptar... y bueno, que lo adopte. Hay que pensar en la discriminación que puede sufrir un chico”. Lapoliticaonline. (12-11-2012). Polémica por los dichos de Michetti sobre la adopción de niños por parte de parejas gays. Recuperado de <https://www.lapoliticaonline.com/nota/nota-86616/>

Los anteriores planteamientos –proveniente de una Senadora de la Nación Argentina y de la actual Vice Presidenta de la Nación cuando era Diputada– evidencian la intencionalidad de algunos sectores de preservar rígida la estructura clásica de la familia, sin embargo frente esta intencionalidad “*la hegemonía no es solamente el nivel superior articulado de la ideología⁶ ni tampoco sus formas de control consideradas habitualmente como manipulación o adoctrinamiento*” WILLIAMS (2000)”.⁶

⁶ Raymon Williams sostiene que en este reconocimiento de la *totalidad* del proceso es donde el concepto de *hegemonía* va más allá que el concepto de *ideología*. Lo que resulta decisivo no es solamente el sistema consiente de ideas y creencias, sino todo el proceso social vivido, organizado prácticamente por significados y valores específicos y dominantes

La hegemonía constituye todo un cuerpo de prácticas y expectativas en relación con la totalidad de la vida: nuestros sentidos y dosis de energía, las percepciones definidas que tenemos de nosotros mismos y de nuestro mundo. Es un vivido sistema de significados y valores – fundamentales y constitutivos – que en la medida en que son experimentados como practicas parecen confirmarse recíprocamente. WILLIAMS (2000).

Siguiendo a Williams, *“dentro de una aparente hegemonía, que puede ser fácilmente descrita de un modo general, existen formaciones alternativas y en oposición. [...] que resisten toda reducción simple a alguna función hegemónica generalizada WILLIAMS (2003)”*. Desde esta perspectiva podemos considerar argumentos contra hegemónicos a los que sostienen la existencia de diversas estructuras de familia, que rompen el modelo clásico, pero siguen pensando la institución desde un ideal de economía social, al contra-argumentar el discurso hegemónico con postulados de funcionalidad y buena influencia sobre los niños y niñas, es decir que –con variaciones en la integración– exigen que socialmente se les considere pertenecientes al cuarto modelo de “familias socialmente bien constituidas”.

“La consigna es abrir las puertas, naturalizar y ser inclusivo”, dice Geraldine Kahan, directora general de Educación Estatal del gobierno porteño. “Propiciamos una alianza con las familias desde el nivel inicial en adelante y no discriminamos por tipo de composición familiar. Al contrario, promovemos desde los primeros años de escolarización una educación sexual integral”. Es importante trabajar en la comunicación: “Los docentes realizan un excelente trabajo y se adaptaron a estos cambios muy positivamente. En las escuelas de la CABA ya no se envían notas al papá o a la mamá, sino directamente a la familia. Tampoco se festeja, como era antes, el Día del Padre o el Día de la Madre, sino que se celebra el Día de la Familia.” La Nación. (23-05-2017) Familias homoparentales: cuando la escuela aprende de la sociedad. Recuperado de <https://www.lanacion.com>.

ar/sociedad/familias-homoparentales-cuando-la-escuela-aprende-de-la-sociedad-nid2026263

Los prejuicios persisten en muchos ámbitos. “La ignorancia hace a la discriminación, lo desconocido. Hay un largo camino de transformación cultural. Plantea Silvia Alderete, mamá de Juana y esposa de Cecilia Quinteros. Juana nació por una inseminación “casera” y la nena sabe que no tiene un papá, sino un “donante”. Y agrega: “La crianza de los hijos es desde la verdad. En el jardín de Juanita, cuando preguntaron por el papá yo les dije: ‘Juana no tiene papá, tiene dos mamás. Los chicos lo acomodan; los adultos somos los problemáticos’. La Voz. (07-08-2016). Gays y lesbianas que decidieron ser padres. Recuperado de <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/gays-y-lesbianas-que-decidieron-ser-padres>

“Puede argumentarse persuasivamente que todas o casi todas las iniciativas y contribuciones, aun cuando asuman configuraciones manifiestamente alternativas o de oposición, en la práctica se hallan vinculadas a lo hegemónico: que la cultura dominante, por así decirlo, produce y limita a la vez sus propias formas de contracultura WILLIAMS (2000)”. Cuando hablamos de discurso hegemónico de familia, nos referimos a la transmisión de valores culturales dominantes, estos valores no solo hacen mención a la estructura clásica de familia, sino también a los roles que los individuos van a desarrollar en la vida social.

La cuestión no radia en saber para qué sirve la familia en la economía liberal basada en la propiedad privada, sino más bien en comprender por qué funciona de ese modo, como ha podido constituirse en un medio eficaz para conjurar los peligros que pesaban sobre la definición liberal de Estado, los cuales exigían que esté se convirtiera en el principio organizador de la sociedad [...]. Por consiguiente, el problema radica en su transformación, no en su conservación. Si solo se hubiera tratado de preservar a la familia contra viento y marea, su historia sería la de la defensa pura y simple de los privilegios que ella consagra, y su rostro el de la dominación sin maquillaje de una clase sobre otra. Donzelot (2008).

Siguiendo lo dicho, podemos ver como los discursos que denuncian privilegios sociales se han des-solidarizado de la crítica a la familia como institución, y las reivindicaciones son apoyadas en la defensa y mejora de la vida familiar y no propiamente en la defensa misma de los grupos sociales más desfavorecidos.

III. Comentarios finales

Hoy podemos decir que el discurso cultural de la familia, entendiendo la cultura no solo como manifestaciones estéticas, sino como el sustantivo abstracto que designa un proceso social y humano determinante de formas de pensar, vivir e interpretar la realidad se encuentra en constante disputa, sin embargo la disputa actual, se da en el campo de la configuración de sus integrantes. Es interesante fomentar la discusión en torno a problematizar la institución de la familia como aparato de control poblacional, más allá de quienes la integren. Es necesario problematizar la categorización de las familias que son objeto de la tutela estatal o que simplemente están vistas como ejemplos de familias “socialmente bien valoradas”, ya que esta valoración se hace condicionada por un discurso hegemónico y mecanicista de familia cuyos integrantes son insumos básicos para el adecuado y productivo interés del Estado que no necesariamente es el interés colectivo; sino que responde –desde sus raíces– a los intereses de libertad y propiedad privada para unos pocos.

IV. Referencias bibliográficas

- Donzelot, Jacques (2008). “La policía de las familias” en *Familias, sociedad y poder*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión..
- Rusche Georg y Krchhmeimer Otto (1984). *Pena y Estructura Social*. Bogotá – Colombia. Editorial Temis.
- Daniel Santa Cruz. (2017) Diario La Nación. “Familia homoparentales: cuando al escuela aprende de la sociedad”. En línea en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/familias-homoparentales-cuando-la-escuela-aprende-de-la-sociedad-nid2026263>

- TKM. Sin nombre de autor (2018). “Así hablaba la senadora anti-aborto...”. En línea en: <https://www.mundotkm.com/genero/2018/08/15/asi-hablaba-la-senadora-anti-aborto-silvia-elias-de-perez-sobre-el-matrimonio-igualitario/>
- La política Online. Edición Argentina. Sin nombre de autor. “Polémica por los dicho de Michetti sobre la adopción de niños por parte de parejas gays”. En línea en: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/nota-86616/>
- Otero, Mariana (2016). “Gays y lesbianas que decidieron ser padres”. Diario La Voz. En línea en: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/gays-y-lesbianas-que-decidieron-ser-padres>
- Sin nombre de autor (2018). Diario Infobae. Sección Política. “Para el papa Francisco el aborto en algunos casos es nazismo con guantes blancos”. En línea en <https://www.infobae.com/politica/2018/06/16/para-el-papa-francisco-el-aborto-en-algunos-casos-es-nazismo-con-guantes-blancos/>
- Williams, Raymond (1997). “Los usos de la teoría”, en *La política del modernismo*. Buenos Aires: Manantial.
- (2000). *Marxismo y literatura*, Barcelona: Península.
- (2003). *Palabras Clave. Un vocabulario de la cultura y la sociedad*, Buenos Aires: Nueva Visión.

Acerca de la patologización y medicalización de los malestares infantiles actuales y sus derechos en juego

About the pathologization and medicalization of current childhood discomforts and their rights at stake

Sobre a patologização e medicalização das doenças infantis atuais e seus direitos “em jogo”

À propos de la pathologisation et de la médicalisation du mal être des enfants et de la garantie de leurs droits

关于当前儿童时期的不适及其“利害攸关”的权利的病态化和医学化

Gabriela Dueñas¹ | Universidad del Salvador

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 178-189

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e304>

ORCID: <https://orcid.org/0000-000>

Recibido: 19/05/2019

Aprobado: 01/07/2019

Resumen: El trabajo aborda el fenómeno caracterizado por una tendencia en franco incremento a “patologizar y medicalizar” los malestares psicosociales actuales, en especial los infantiles. Atentos a sus alcances e implicancias, advierten a la vez que el problema resulta aún más grave cuando avanza sobre la niñez y la adolescencia, mientras nos convocan a preguntarnos, si el mismo no debiera ser considerado como una suerte de violencia simbólica, pero también real, que sociedades como la nuestra ejercen en estos tiempos sobre niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad psicosocial, teniendo

¹ Doctora en Psicología. Licenciada en Educación. Psicopedagoga.

en cuenta que, impulsados por las lógicas del Mercado de la industria farmacéutica. Realiza su propuesta desde una perspectiva que imponga una reflexión crítica que historicice la intervención profesional, revirtiendo la cultura mercantilista que encierra, silencia y excluye a nuestros niños niñas y adolescentes, de modo de poder construir colectivamente dispositivos inclusivos.

Palabras claves: Infancia-medicalización- derechos

Abstract: The present work addresses the phenomenon characterized by a tendency to increase "pathologize and medicalize" the current psychosocial discomforts, especially children. Its scope and implications are reflected, while the problem is even more serious when it advances on childhood and adolescence. At the same time, we wonder if it should not be considered as a kind of symbolic violence, but also real, that societies such as ours exercise in these times on children and adolescents who are in a situation of greater psychosocial vulnerability driven by Logic of the pharmaceutical industry market. A critical reflection is proposed that historicizes professional intervention, reversing the mercantilist culture that encloses, silences and excludes our children and adolescents, so that we can collectively build inclusive devices.

Keywords: Childhood-medicalization- rights

Resumo: O trabalho aborda o fenômeno caracterizado por uma tendência em franco aumento a "patologizar e medicalizar" os desconfortos psicossociais atuais, especialmente os infantes. Atentos ao seu alcance e implicações, advertem ao mesmo tempo que o problema é ainda mais grave quando avança sobre infância e adolescência, enquanto nos convocam a perguntar-nos, se não deve ser considerado como um tipo de violência simbólica, mas também real, que sociedades como a nossa exercem nestes tempos sobre crianças e adolescentes que estão em uma situação de maior vulnerabilidade psicossocial, tendo em conta que, impulsionado pela lógica do mercado da indústria farmacéutica. Faça sua proposta desde uma perspectiva que imponha uma reflexão crítica que historicize a intervenção profissional, revertendo a cultura mercantilista que encerra, silencia e exclui nossas crianças e adolescentes, para que possamos construir coletivamente dispositivos inclusivos.

Palavras-chave: Infância-medicalização-direitos.

Résumé: Le présent travail aborde le phénomène caractérisé par une tendance à pathologiser et médicaliser les mal-être psychosociaux actuels, en particulier chez les enfants. Il attire l'attention sur sa portée et ses implications, les conséquences pouvant être plus grave encore quand il s'agit de l'enfance et de l'adolescence. Il nous invite à nous demander si ceci ne devrait pas être considéré comme une violence symbolique, mais aussi réelle, exercée par la société sur les enfants et adolescents en situation de vulnérabilité psychosociale accrue, impulsée par la logique de marché de l'industrie pharmaceutique. Il propose une réflexion critique en historisant l'intervention des professionnels de la santé et mettant à jour ainsi cette culture mercantiliste qui enferme, réduit au silence et exclut nos enfants et nos adolescents, afin que nous puissions construire collectivement des dispositifs inclusifs.

Mot-clés: Enfance – médicalisation - droits

摘要: 这项工作涉及这种现象,其特征是倾向于增加“病理化和医学化”当前心理社会不适,特别是儿童. 关注其范围和影响,他们同时警告说,当儿童和青少年进步时问题更加严重,同时召唤我们扪心自问,是否应该将其视为一种象征性的暴力,而且也是真实的我们这样的社会在这些时期对处于心理社会脆弱程度较高的儿童和青少年进行锻炼,同时考虑到制药业市场的逻辑推动. 从一个批判性反思的角度提出你的建议,这种反思将专业干预历史化,扭转了包围,默和排斥我们的儿童和青少年的重商主义文化,以便我们能够共同建立包容性的设备.

关键字: 关键字: 童年, 医疗, 权利

I. A modo introductorio²

Resulta oportuno comenzar este artículo advirtiendo que, en estos tiempos actuales y en el marco de una sociedad globalizada como la que nos toca vivir, nuestro país transita un escenario plagado de contradicciones que complejizan la discusión

² Este trabajo abrevia en un artículo de Dueñas, Gorbacz y Rattagan (2014) “La Clínica en los Límites de la Ley”, publicado en la Revista Generaciones N° 3 de la Facultad de Psicología de la UBA. Bs As. Editorial EUDEBA.

por una salud mental más justa, menos atada al mercado, y con el eje puesto en la salud como derecho.

Desde esta perspectiva, se observa con gran preocupación cómo mientras no pocos profesionales de la salud mental y otros sectores afines, entre ellos, diversos colectivos que en nuestro país se encuentran abocados a promover los derechos de las infancias y adolescencias, denuncian como la industria farmacéutica incita el consumo de drogas psicoactivas en niños y adolescentes, no pocas corporaciones ligadas al “poder médico psiquiátrico hegemónico” insisten en cuestionar y obstaculizar la plena implementación de la legislación nacional vigente en materia de Salud, Salud Mental y Adicciones con el auspicio, como siempre, de importantes laboratorios multinacionales de psicofármacos.

Al respecto, resulta interesante observar en relación a esta temática, que en estos momentos, en que en Argentina se trata la cuestión del narcotráfico como un tema de primerísimo interés en la agenda mediática, y al mismo tiempo (¿o como consecuencia?) en la agenda social, existen más de 3 millones de argentinos que diariamente consumen psicofármacos, y entre ellos, y esto no es un “asunto menor”, cada vez más niños, niñas y adolescentes.

Es decir, nos aterrorizamos del supuesto aumento del consumo de sustancias ilegales, mientras invisibilizamos el enorme consumo de sustancias psicoactivas legales. La pregunta es: ¿por qué esa disparidad abismal para medir la dimensión de uno y otro problema?³

Sin dudas que la respuesta a este contrasentido no la debemos buscar en el plano sanitario⁴. Resulta oportuno sin embargo,

³ “Una mirada específica sobre la problemática del consumo de psicofármacos en Argentina 2012”, SEDRONAR: en Argentina unas 3.303.629 personas (el 18% del total de población nacional), de entre 12 a 65 años hicieron uso de tranquilizantes o ansiolíticos. Los más utilizados para calmar nervios o para poder dormir son valium, lexotanil, alplax u otros. El consumo es mayor entre las mujeres y aumenta a partir de los 35 años”.

⁴ Es decir que en un extremo de esta historia, que termina en la patologización y medicalización de las infancias y adolescencias, y en general de la vida cotidiana de todos nosotros, y en

señalar que son numerosos los estudios que desde el campo de la salud y otros afines, vienen hace ya tiempo refiriendo con preocupación a este fenómeno como una tendencia en franco incremento a “*patologizar y medicalizar*” los malestares psicosociales actuales. Atentos a sus alcances e implicancias, advierten a la vez que el problema resulta aún más grave cuando avanza sobre la niñez y la adolescencia, mientras nos convocan a preguntarnos, si el mismo no debiera ser considerado como una suerte de violencia simbólica, pero también real, que sociedades como la nuestra ejercen en estos tiempos sobre niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad psicosocial, teniendo en cuenta que, impulsados por las lógicas del Mercado de la industria farmacéutica, el tipo de prácticas médicas que por esta vía se promueven sobre ellos -y “*por su propio Bien*”- suponen un “abuso de poder” que los toma como “objeto de tratamientos”, mientras se silencia su sufrimiento apelando a dispositivos químicos y de disciplinamiento que vulneran, entre otros, su derecho a “ser escuchados”.

II. ¿A qué referimos con “patologización y medicalización” de los malestares de la vida y de las infancias actuales?

Antes de avanzar sobre esta cuestión, resulta conveniente realizar la siguiente aclaración. Con estos términos, no se está cuestionando de manera generalizada el avance de los conocimientos médicos que posibilita la detección temprana de una gama cada vez más amplia de enfermedades, ni los tratamientos médicos a base de medicación, menos aún el desarrollo científico tecnológico de la industria farmacéutica gracias a la cual no sólo se ha logrado mejorar de modo significativo la calidad

el otro extremo, nos encontramos con el fenómeno de la formación de profesionales fuertemente atada al financiamiento de laboratorios, y por tanto, a sus intereses comerciales, y una política de drogas –que de a poco, afortunadamente vamos cuestionando y abandonando- que criminaliza el consumo de determinadas sustancias, promueve guerras sangrientas contra su comercialización, e ignora el uso indiscriminado –recetado y no recetado- de psicofármacos de curso legal

de vida de amplios sectores de la población mundial que tienen acceso a ella, sino que, además, ha permitido aumentar sus expectativa de vida.

Sería una actitud necia negar estos progresos.

En el campo específico de la salud mental por ejemplo, la llegada de los psicofármacos marcó un antes y un después incuestionable.

Lo que en su lugar aquí se considera necesario poner en cuestión con el concepto de “*medicalización*” es una tendencia que, apoyada en concepciones de fuerte sesgo biologicista e innatista, en los últimos tiempos parece avanzar con intenciones hegemonizantes, no sólo ya sobre la población en general, sino ahora también sobre la niñez y adolescencia, reduciendo para esto de manera científicamente injustificada, complejas problemáticas socio-familiares y escolares a la idea de que todas ellas se tratan en realidad de “supuestas” deficiencias o trastornos neurocognitivos de etiología genética portados por los niñxs. Y que por esta razón, la única solución posible que se les propone entonces, parece limitarse a tratamientos médicos, centrados en la administración de drogas psicoactivas, que se acompañan a la vez de toda una serie de procedimientos complementarios de “adiestramiento conductual”, que alcanzan incluso el campo de lo escolar, sin que se consideren en relación a este tipo de intervenciones -y entre otras cuestiones- sus marcados efectos “estigmatizantes”⁵.

Ahondando en la cuestión, observamos en relación a este tema que desde que el Manual de estadística descriptiva de Trastornos Mentales conocido como DSM se convirtió en la principal referencia considerada “científica” para clasificar las problemáticas y los padecimientos psíquicos de las personas,

⁵ Sino en el político: el país más poderoso del mundo se beneficia con las patentes de los medicamentos, con la venta de armas para la guerra contra las drogas y, de paso, construye un argumento con consenso internacional que le permite intervenir en asuntos internos de otros países. Al respecto, el ex Secretario de Seguridad de la Nación Dr. Sergio Berni señalaba en una nota que le realizaron en 2014 que EEUU es un país que “importa las drogas y exporta las muertes” TELAM 6 de mayo de 2014.

no pocos profesionales del campo de la salud mental parecen haber quedado sometidos a un doble imperativo biológico y de seguridad, de modo que -regidos por estas lógicas- *su principal objetivo parece orientado en los últimos años sólo a detectar y perseguir la anomalía psíquica de la misma manera en que se detecta una enfermedad orgánica*. De esta manera, y a modo de ejemplo paradigmático del fenómeno de la patologización y medicalización de las infancias actuales, vemos como se suelen tratar como “enfermos”, rotulados de “ADD-H”, a no pocos niños, niñas y adolescentes que se rebelan contra el sistema escolar, y a los que se les suministra *Ritalina* para lograr disciplinarlos, mientras se cierran los ojos ante toda una serie compleja de determinaciones de su *malestar*, desconociéndose para esto la incidencia de factores socio afectivos, culturales, económicos, familiares y pedagógicos puestos “en juego” en los modos de expresión que éstos ponen de manifiesto a través de su desatención e hiperactividad en las aulas.

III. La niñez y adolescencia “discapacitada mental”

Asimismo, resulta preocupante observar en relación a esta problemática el significativo incremento de niños y jóvenes portando “*certificados de discapacidad*” por “trastornos mentales” de distinto tipo. Todo hace pensar que éstos han pasado a ser un *dispositivo clave* en estos procedimientos a los que con llamativa ligereza parecen apelar ahora no pocos profesionales capturados por estos discursos medicalizadores, y a los que se les vienen sumando en los últimos años, e impulsados por los mismos, algunas asociaciones de padres y familiares organizados en torno a los respectivos “trastornos mentales” con los que han sido “etiquetados” sus hijos como ADD-H, TGD, TEA, DEA, RM, etc. Cuestión ésta que nos remite por su parte a considerar el uso de un nuevo término, el de la “*biomedicalización*”⁶, al

⁶ Teniendo particularmente en cuenta que, en estos tiempos tempranos de la vida, los sujetos están en pleno proceso de constitución de su subjetividad.

que se esta apelando últimamente para explicar un nuevo giro dado en los últimos años en estos procesos de “medicalización de la sociedad”.

IV. ¿Por qué hoy hablamos de “biomedicalización”?

De acuerdo a diferentes estudios que se vienen realizando sobre este tema y entre los que se destacan los desarrollos de Clarke y colegas (2010) este proceso al que se viene haciendo referencia, de *transformación de la “medicalización” en “bio-medicalización”* fue posible por la confluencia de diferentes aspectos. En el caso de enfermedades y trastornos mentales ya conocidos como los mencionados ADD-H, TGD, TEA, etc., lo que las farmacéuticas hicieron fue expandir el mercado desarrollando nuevos mecanismos comunicacionales para que se internalice el “problema” como un “trastorno” *subdiagnosticado* y que puede ser controlado por fármacos. Para esto, *la industria pasó de un modelo centrado en la “educación de los profesionales de la salud”, en especial los médicos para que prescriban sus productos, a otro dirigido directamente a los consumidores.*

Tratándose de niños, las campañas de comercialización se focalizaron en los padres y maestros. En países latinoamericanos, advierten las autoras mencionadas, se observa la utilización de campañas de concientización de enfermedades usando los medios masivos de difusión pero sin nombrar la medicación, y presentaciones en ámbitos educativos o en programas de radio o TV donde “expertos” en el tema “educan” a la audiencia para que sean capaces de identificar los síntomas.

Estos espacios de información son mantenidos inclusive por organizaciones gubernamentales que ofrecen a los usuarios a suscribirse para recibir noticias y actualizaciones sobre distinto tipo de “trastornos”, “síndromes” o “deficiencias cognitivas” como el ADD-H, el TGD, el TEA y ahora también la re-editada “Dislexia” a la que ahora se la explica a partir de una supuesta deficiencia cromosomática.

La industria farmacéutica brinda también apoyo financiero a asociaciones de padres y de pacientes para que difundan sus trastornos a través de distintos sitios en la red.

Inmersos en estas circunstancias, *aquellos niños, niñas y jóvenes que presentan modos de ser y estar en el mundo*, de jugar, comunicarse y aprender “*diferentes*” a las expectativas normativas de una sociedad que parece tener estandarizados los patrones de lo que se considera “normal”⁷, *aparecen signados por el fantasma del “fracaso escolar”*, y estrechamente ligado a éste, a modo de profecía, el de su exclusión “a futuro” en lo social y en lo económico. Se inicia entonces un proceso que, a partir de la *estigmatización*, potencia las dificultades para tomar conciencia de las posibilidades que supone la niñez, en tanto sujetos en pleno devenir, y por consiguiente de las estrategias a las que se pudiera apelar para promover un desarrollo más completo de las mismas, simplificándose a la vez las complejidades de la vida psíquica infantil.

Asimismo, determinados sentidos y modos de comprensión de un “problema” quedan relegados así a un plano secundario que habilita el pasaje de la *descripción* de “síntomas” a la *determinación* de supuestas “patologías”⁸.

⁷ “Normal” término que erróneamente se utiliza como sinónimo de “saludable” en la infancia.

⁸ Al respecto, resulta necesario advertir cómo el mencionado Manual -cuyo paradigma parece apoyarse en una concepción del ser humano como un mero soporte biológico de diversas funciones cognitivas desvinculadas en su constitución del resto del psiquismo y de toda referencia al otro, su historia y al medio- *establece los criterios de “diagnóstico”* al estipular la cantidad de indicadores conductuales que deben estar presentes para poder evaluar diverso tipo de “trastornos mentales”, de modo tal que éstos, al aplicarse sobre niños, niñas y adolescentes, terminan basándose en una especie de *anamnesis focalizada* en aquellas *funciones cognitivas “bajo sospecha”*, obtenida a partir de los datos provistos por los padres, maestros y cuidadores del niño, en base a escalas y sondeos, como el Cuestionario de Conners, el CHAT, etc. considerados como los principales instrumentos de “evaluación” para su detección e identificación, omitiéndose además, y en todo momento, considerar la fiabilidad científica de estos procedimientos y, por lo tanto, el sesgo que puede tener la información otorgada por los informantes.

Ahondando en estos temas, resulta necesario considerar que uno de los principales supuestos erróneos del que parte el DSM en este tipo de procedimientos, consiste en

De este modo, el predominio del modelo médico biologicista-reeducador, en el cual la medicación, con frecuencia acompañada de “*programas multidisciplinarios de adiestramiento conductual*”, aparece como “la solución” a un hipotético déficit orgánico portado desde el nacimiento, opera, como se anticipaba, a modo de “obturador” de toda relación e interrogación que habilite la posibilidad de poder “escuchar” al niño, niña u adolescente, invisibilizándose incluso, de esta manera, y en no pocas ocasiones, diferentes situaciones socio afectivas que le ocasionan sufrimiento psíquico⁹.

Atentos a estos aportes, ningún profesional de la salud debiera entonces quedarse tranquilo cuando se diagnostica algo supuestamente orgánico sin que ni siquiera existan test de laboratorios o estudios por imágenes, establecidos y confiables que los corroboren, y en su lugar, se proceda a reducir diversas problemáticas a observaciones impregnadas de posibles prejuicios, escalas de conducta muy poco objetivas, demasiado dependientes de preconcepciones de los padres y de los profesionales intervinientes, tareas de ejecución y tests psicológicos de validez incierta, etcétera.

Por último, un asunto no menor que no podemos dejar de considerar en relación a lo que anticipábamos, es que este tipo de abordajes induce a las “adicciones” en la medida que la “solución” rápida que se les propone para todo tipo de dificultades y

considerar lo biológico como invariable punto de partida pues se lo entiende como centro emisor causal, sin estimar la posibilidad de la dirección inversa o recíproca.

⁹ Es por todas estas razones que consideramos que este tipo de intervenciones constituyen operaciones fuertemente desubjetivantes. Y esto no sólo para el niño, la niña o el adolescente que queda así “anulado” como alguien que pueda decir algo acerca de lo que le pasa”. En efecto, resulta necesario advertir además que este tipo de modelo también afecta a los mismos profesionales que, capturados por estos discursos medicalizadores, ejercen este tipo de prácticas que bien pueden calificarse de “tecnocráticas”, en la medida que les restan posibilidades de escuchar, pensar, preguntarse e intentar entender los problemas ante los cuales se ven interpelados cotidianamente tanto desde la clínica como desde las aulas, y frente a los cuales, sólo parecen saber responder de manera “protocolizada”, de acuerdo a las indicaciones provistas por el famoso *Manual DSM*, a quienes muchos refieren que hoy parece haberse transformado en una especie de “Biblia” en el campo de la Salud Mental.

o malestares escolares, familiares o sociales parecen venir de la mano de alguna “pastillita mágica”.

V. A modo de cierre

En función de lo expuesto, parece necesario que los profesionales que nos abocamos a la niñez y adolescencias tengamos presente que, por sobre todas las cosas, nuestra prioridad siempre y en todo momento, tanto desde el ámbito de la salud como desde lo social y la educación, debiera ser “escuchar” al niño u adolescente, cómo éste pueda expresarse, de modo de poder “entender” lo que le puede estar pasando y así “atenderlo” como se merece, respaldándonos para esto en toda la nueva legislación vigente a nivel nacional. De ahí la necesidad de conocerla y remitir a ella al revisar nuestra praxis.

Necesitamos romper con el discurso dominante que estructura una realidad naturalizada y ahistórica¹⁰. Lograr un profundo replanteo de nuestras miradas y discursos desde una praxis vinculada a las necesidades y sufrimientos de la población. Desde esta perspectiva se nos impone entonces una reflexión crítica que historicice nuestro que-hacer, revirtiendo la cultura mercantilista que encierra, silencia y excluye a nuestros niños niñas y adolescentes, de modo de poder construir colectivamente dispositivos inclusivos, subjetivantes, que garanticen el derecho a vivir una infancia, una juventud, amparada por un mundo adulto que logre alojarla, contenerla, propiciarla. Derechos todos esenciales para la construcción de una ciudadanía plena.

VI. Bibliografía

Benasayag & Dueñas Comps. (2011) *Invencción de Enfermedades*. Ed Noveduc. Buenos Aires.

¹⁰ No es la primera vez que la salud es usada como “Caballo de Troya” del poder económico y del poder represivo. Muchas clínicas y manicomios públicos y privados están allí para dar testimonio de ello. Parafraseando a Foucault, hoy deberíamos hablar de “Vigilar y Facturar”.

- Dueñas, G.(2013). *Niños en peligro. La escuela no es un hospital*. Ed Noveduc. Buenos Aires.
- Follari, R. (2007). *La interdisciplina en la docencia*”POLIS-Revista Latinoamericana.
- Foucault, Michel (2002). *Vigilar y Castigar*. Ed. Buenos Aires.
- Galende, E. y Lodieu, Nabergoi y Sopransi (2012) *Equipos interdisciplinarios en Salud Mental Comunitaria* Departamento de Salud Comunitaria. UNLa.Virtual / Universidad Nacional de Lanús
- Iriart, C, e Iglesias Ríos (2012). “Biomedicalización e infancia: trastorno de déficit de atención e hiperactividad” en *Interface*. Comunicación, salud y Educación. Vol 16. Numero 43. Brasil, Oct/Diciembre
- Menéndez E. (1985). *Modelo médico hegemónico, crisis socio-económica y estrategias de acción en el sector salud*. Cuadernos Médicos Sociales N° 33, Buenos Aires.
- Pelento, Marilú (2011) “Incidencia de los cambios culturales en la subjetividad de los niños”, en Dueñas, G, Comp (2011). *La patologización de la infancia: ¿Niños o síndromes?*. Ed Noveduc. Buenos Aires.
- Van Dijk, Teun A.(2005). *Ideología y Análisis del Discurso* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España -Utopía y Praxis Latinoamericana / Año 10. N° 29
- (2005) *Política, Ideología y Discurso* Quórum Académico- Vol. 2. Julio-diciembre 2005, • ISSN 1690- Universidad del Zulia

La descolonización del derecho y la justicia comunitaria em el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano

The decolonization of community law and justice within the framework of the new Latin American constitutionalism

A descolonização do direito e da justiça comunitária no marco do novo constitucionalismo latino-americano

La décolonisation du droit et la justice communautaires dans le cadre du nouveau constitutionnalisme latino-américain

新拉美宪政主义框架内的社区法律与正义的非殖民化

Gisele Ricobom¹ | Universidad Federal
Félix Pablo Friggeri² | de la Integración Latinoamericana

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 190-209

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e305>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6634-818X>

<https://orcid.org/0000-0001-9365-6698>

Recibido:15/05/2019

Aprobado:17/06/2019

Resumen: El trabajo aborda una de las categorías teóricas más ricas y dinámicas sobre la estructuración injusta de la realidad latinoamericana

¹ Profesora del curso de Relaciones Internacionales e Integración y de la Maestría en Integración Contemporánea de América Latina – ICAL, de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana – UNILA. Actualmente en cooperación con la Facultad Nacional de Derecho, de la UFRJ. Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, España.

² Profesor del curso de Relaciones Internacionales e Integración y de la Maestría en Integración Contemporánea de América Latina - ICAL, de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - UNILA. Doctor en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Entre Ríos, Argentina

es aquella revelada por la colonialidad del poder y del saber, no solo como una perspectiva de análisis del pasado, sino sobre todo como una reflexión permanente y actual que posee una extrema capacidad de penetración en todas las camadas sociales de América Latina. Los estudios descoloniales permitirán visibilizar los mecanismos coloniales arraigados en las estructuras institucionales del Estado y de la sociedad latinoamericana. La emergencia de una sociología decolonial contribuye vivamente para pensar y construir otra posibilidad de justicia, resultado de una legalidad subalterna que refunda el orden constitucional sobre bases profundamente innovadoras. Concluye sus autores que el proceso de descolonización es continuo, la justicia comunitaria es apenas una de sus estrategias más importantes, pero es una fuente preciosa e inmensa para repensar el derecho a partir de los valores populares, libertándolo de su atadura servil a la propiedad burguesa.

Palabras claves: descolonización jurídica- justicia comunitaria-constitucionalismo latinoamericano

Abstract: This paper addresses one of the richest and most dynamic theoretical categories about the unfair structuring of Latin American reality. It is revealed by the coloniality of power and knowledge, not only as a perspective of analysis of the past, but above all as a permanent and current reflection that has an extreme capacity for penetration in all social strata of Latin America. Studies with a decolonial perspective will make visible the colonial mechanisms rooted in the institutional structures of the State and of Latin American society. The emergence of a decolonial sociology contributes strongly to think and build another possibility of justice, the result of a subaltern legality that refuses the constitutional order on deeply innovative bases. In conclusion the decolonization process is continuous, community justice is just one of its most important strategies, but it is a precious and immense source to rethink the right from popular values, freeing it from its servile attachment to bourgeois property.

Keywords: Legal decolonization- community justice-Latin American constitutionalism

Resumo: O trabalho aborda uma das categorias teóricas mais ricas e dinâmicas sobre a estruturação injusta da realidade latino-americana, aquela revelada pela colonialidade do poder e conhecimento, não

apenas como uma perspectiva de análise do passado, mas sobretudo como uma reflexão permanente e atual que tem extrema capacidade de penetração em todos os estratos sociais da América Latina. Os estudos descoloniais tornarão visíveis os mecanismos coloniais enraizados nas estruturas institucionais do Estado e da sociedade latino-americana. O surgimento de uma sociologia descolonial contribui fortemente para pensar e construir outra possibilidade de justiça, resultado de uma legalidade subalterna que funda novamente a ordem constitucional sobre bases profundamente inovadoras. Seus autores concluem que o processo de descolonização é contínuo, a justiça comunitária é apenas uma de suas estratégias mais importantes, mas é uma fonte preciosa e imensa para repensar o direito a partir dos valores populares, libertando-o de seu laço servil à propriedade burguesa.

Palavras-chave: descolonização legal - justiça comunitária - constitucionalismo latino-americano

Résumé: Le travail traite de l'une des catégories théoriques les plus riches et les plus dynamiques sur la structuration injuste de la réalité latino-américaine. C'est ce qui ressort de La colonialité du pouvoir et du savoir, non seulement en tant que perspective de l'analyse Du passé, mais aussi en tant que réflexion permanente et actuelle, doté d'une capacité extrême de pénétration dans toutes les couches sociales de l'Amérique Latine. Les études décoloniales rendront visibles les mécanismes coloniaux enracinés dans les structures institutionnelles de l'État et de la société latino-américaine. L'émergence d'une sociologie décoloniale contribue fortement à penser et à construire une autre possibilité de justice, résultat d'une légalité subalterne qui refuse l'ordre constitutionnel sur des bases profondément novatrices. Ce travail conclut que le processus de décolonisation est continu, la justice communautaire n'étant qu'une de ses stratégies les plus importantes mais restant une source précieuse et immense pour repenser le droit des valeurs populaires, le libérant ainsi de son lien avec la propriété bourgeoise.

Mot-clés: décolonisation juridique - justice communautaire - constitutionnalisme latinoaméricain

摘要: 这项工作涉及拉丁美洲现实的不公平结构中最丰富, 最具活力的理论范畴之一, 是权力和知识的殖民性所揭示的, 不仅是对过去的分析的视角, 而且最重要的是作为永久的反映和目前在拉丁美洲所

有社会窝中具有极强的渗透能力。这些殖民地研究将揭示植根于国家和拉丁美洲社会制度结构的殖民机制。非殖民地社会学的出现有力地促进了思考和建立另一种正义的可能性，这是一种在严重创新基础上拒绝宪法秩序的次级合法性的结果。其作者得出的结论是，非殖民化进程是持续的，社区正义只是其最重要的战略之一，但它是重新思考民众价值权利权利的宝贵而巨大的来源，使其摆脱对资产阶级财产的奴役。

关键字: 法律非殖民化, 社区正义, 拉美宪政

I. Introducción

Una de las categorías teóricas más ricas y dinámicas sobre la estructuración injusta de la realidad latinoamericana es aquella revelada por la colonialidad del poder y del saber, no solo como una perspectiva de análisis del pasado, sino sobre todo como una reflexión permanente y actual que posee una extrema capacidad de penetración en todas las capas sociales de América Latina.

La colonialidad permite comprender las características planetarias del poder que se fundó sobre Nuestra América por la constitución y afirmación de un capitalismo mundial que promueve su ideología y su padrón de dominación y explotación, desde el primer momento de la invasión territorial.

Las décadas finales del siglo XX y las iniciales del siglo XXI son testigos de un proceso que, aunque no está restringido a nuestra región, logró un aporte nuclear a partir de la propuesta de la descolonización política y epistémica que se refleja en diversos campos del conocimiento.

En este sentido, aunque la justicia comunitaria sea una práctica existente en América Latina antes de la colonización, su comprensión y defensa como alternativas emancipatorias del sistema de dominio monista perpetrado por los llamados Estados democráticos y de derecho, encuentra una contribución valiosa de esta epistemología descolonizadora, especialmente cuando se trata de las posibilidades de aportar prácticas contrahegemónicas del derecho y de otros sistemas de justicia no oficiales.

Siendo así, el objetivo del artículo es comprender la descolonización del derecho que viene de los movimientos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a partir del reconocimiento de la justicia comunitaria. En este camino, consideramos fundamental rescatar, en un primer momento, las características básicas de la colonialidad del saber como instrumento teórico adecuado para, en un segundo momento, comprender las características del derecho descolonizado y, finalmente, verificar cómo la justicia comunitaria puede traducirse en una efectiva descolonización del derecho, a partir de la experiencia boliviana.

II. La descolonización del conocimiento en América Latina

La reflexión crítica sobre los quinientos años de la invasión europea de América y la contestación al neoliberalismo, que marcaron las últimas décadas en América Latina, contaron con un fuerte protagonismo del movimiento indígena en la construcción de un proceso efectivo que resultó en la politización de lo étnico. Confluyeron en ese movimiento el cuestionamiento de los saberes dominantes (colonialidad del saber), como también la insurgencia contra el modelo de estructuración económica y política de un capitalismo salvaje que fue sangrientamente instalada, en gran medida por dictaduras militares (colonialidad del poder), pro-estadounidenses que tuvieron como eje central de sustentación la Doctrina de Seguridad Nacional.

La formación del grupo Modernidad/Colonialidad constituyó una referencia central para los aportes epistémicos de la descolonización³. Uno de los principales pensadores de ese grupo fue

³ El grupo surgió en el final de la década del noventa, teniendo como marco el encuentro en la Universidad Central de Venezuela en 1998, que reunió a Aníbal Quijano, Fernando Coronil, Edgardo Lander, Arturo Escobar, Walter Dignolo y Enrique Dussel. Planteó un desacuerdo con los presupuestos teóricos de los estudios sobre la poscolonialidad, que tuvo como uno de sus principales autores al lingüista hindú Homi Bhabha, académico de Harvard que desarrolló el concepto de "hibridización" y al crítico literario palestino Edward Said, que fue profesor en Columbia y resultó conocido por su obra *Orientalismo* de 1978. Posteriormente, surge el grupo de estudios subalternos que se inicia con investigaciones sobre la India y el colonialismo,

el peruano Aníbal Quijano, que tuvo una larga y eminente trayectoria en el pensamiento latinoamericano, protagonista en el desarrollo de la Teoría de la Dependencia y de la Teoría del Colonialismo Interno, siendo la categoría de Colonialidad del Poder una potentísima fuente de inspiración para el análisis de la realidad de América Latina.

En su histórico y fecundo artículo “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina” presenta la Colonialidad del Poder como un padrón mundial surgido en la invasión europea de América por el cual “Las nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo. Así, ambos elementos, raza y división del trabajo, quedaron estructuralmente asociados y reforzándose mutuamente, a pesar de que ninguno de los dos era necesariamente dependiente el uno del otro para existir o para cambiar” (Quijano, 2000, p. 204).

En el centro de la “Colonialidad del Poder” está identificado el padrón de poder colonial que constituye la complejidad de los procesos de acumulación capitalista articulados en una jerarquía racial, étnica global y sus clasificaciones derivadas de superior/inferior, desarrollo / subdesarrollo y de los pueblos civilizados / bárbaros. De la misma manera, la idea de “Colonialidad” vincula el proceso de colonización de las Américas y la constitución del sistema-mundo capitalista como parte de un mismo proceso histórico en el siglo XVI. La construcción de la jerarquía racial y étnica global fue simultánea y contemporánea, espacio-temporalmente, con la División Internacional del Trabajo organizada en relaciones Centro-Periferia en escala mundial (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, p. 18-19).

teniendo como referencia a Antonio Gramsci, Jacques Derrida, Michel Foucault y Ranajit Guha. Otros autores referenciales son Partha Chatterjee, Gayatri Spivak y varios latinoamericanistas que se sumaron como Fernando Coronil y Florencia Mallon, formando el grupo de estudios subalternos. Algunas críticas revelan que a pesar del intento de producir un conocimiento radical y alternativo, reprodujeron el esquema epistémico de los Estudios de área de los Estados Unidos.

Quijano invita a una profunda y necesaria crítica de la racionalidad moderna. La deconstrucción del paradigma europeo de racionalidad no es solamente indispensable, sino también urgente. Para ello, es dudoso que el camino consista en una negación simple de todas sus categorías, en la disolución de la realidad en el discurso, en la pura negación de la idea y de la perspectiva de totalidad del conocimiento. Más allá de eso, es necesario desprenderse de los vínculos de la racionalidad-modernidad con la colonialidad, rompiendo, en definitiva, con todo poder no constituido en la decisión de las personas libres. Es la instrumentalización de la razón del poder colonial, en primer lugar, lo que produjo paradigmas distorsionados del conocimiento y malogró las promesas liberadoras de la modernidad. La alternativa, entonces, es clara: la destrucción de la colonialidad del poder mundial⁴ (Quijano, 1992, p. 19).

Edgardo Lander realiza su aporte a la colonialidad del poder, destacando que su presupuesto básico es el carácter universal de la experiencia europea, en el que se realiza una “lectura de la totalidad del tiempo y del espacio de la experiencia humana a partir de esta particularidad, (que) se erige una universalidad radicalmente excluyente” (Lander, 2000, p. 16-17).

⁴ Otra figura clave para la episteme descolonizadora es Enrique Dussel, uno de los inspiradores de la Teología y de la Filosofía de la Liberación. Citamos otros autores del movimiento descolonial que se fueron sumando al grupo inicial, sin pretensión de exhaustividad: Arturo Escobar que trabaja una profunda crítica al paradigma del desarrollo; Catherine Walsh, lingüista norteamericana que fue discípula de Paulo Freire; Ramón Grosfoguel, sociólogo portorriqueño que trabaja en Berkeley, California; Santiago Castro-Gómez que desarrolló el concepto de “hybris del punto cero” criticando la ciencia moderno-occidental; el filósofo portorriqueño Nelson Maldonado Torres que desarrolló el concepto de “decolonialidad” y Boaventura de Sousa Santos, con la sociología de las emergencias. Existe también un inmenso aporte del movimiento indígena, de sus propios intelectuales y de los que fueron surgiendo acompañando el movimiento, citamos algunos: Luis Macas, Luis Fernando Sarango Macas, Blanca Chancoso, Mario Bustos, Humberto Cholango, Simón Yampara, Javier Lajo, Alberto Acosta, Pablo Dávalos, Xavier Albó, Raquel Yrigoyen Fajardo y el Grupo Comuna de Bolivia, donde participaron Álvaro García Linera, Luis Tapia, Raúl Prada Alcoreza y Óscar Vega. En México, una serie de intelectuales que acompañaron los movimientos indígenas, especialmente en las luchas por la autonomía: Pablo González Casanova; Rodolfo Stavenhagen, Luis Villoro, Gilberto López y Rivas. En Uruguay, Eduardo Gudynas y Raúl Zibechi.

Según Lander, esa visión universal de la historia está asociada a la idea de progreso y desde entonces se clasifica y se jerarquiza los pueblos, naturalizando la superioridad de los saberes de aquellos que dominan de forma de superar los saberes populares, que son considerados un obstáculo al progreso. Por esta razón es necesario “un esfuerzo de deconstrucción del carácter universal y natural de la sociedad capitalista-liberal (que) requiere el cuestionamiento de las pretensiones de objetividad y neutralidad de los principales instrumentos de naturalización y legitimación de este orden social: el conjunto de saberes que conocemos globalmente como ciencias sociales” (Lander, 2000, p. 12).

Igualmente, Walter Mignolo entiende el llamado “giro decolonial” como una apertura a “formas de vida-otras” y como un “desprendimiento de la retórica de la modernidad y de su imaginario imperial articulado en la retórica de la democracia”, buscando la superación de la matriz colonial del poder (Mignolo, 2007, p. 29-30).

Sumando todos los esfuerzos, consideramos que la descolonización epistemológica abre caminos para: a) la construcción de un pensamiento latinoamericano original; b) la comunicación intercultural en un ambiente de equidad que posibilite el diálogo de saberes; c) la relación entre lo cultural y lo político-económico, superando algunas dicotomías empobrecedoras y siguiendo la línea de politización de lo étnico que fue profundizada por el movimiento indígena; d) el combate y la presentación de alternativas frente al “servilismo intelectual” presente en el ámbito académico caracterizado por “la adopción, casi ciega de los modelos teóricos y conceptos desadaptados a nuestro medio, pero que tienen sus referentes en Europa y los Estados Unidos” (Fals Borda, 2009, p. 224); e) la posibilidad de respaldar con la “insurgencia epistémica” los caminos de la “insurgencia política”, fortaleciendo caminos revolucionarios de inspiración autóctona al “poner en escena lógicas, racionalidades y pensamientos distintos” (Walsh, 2008, p. 134); f) la posibilidad de un diálogo con otras vertientes revolucionarias que aportaron su lucha y su pensamiento en América Latina (marxismo, cristianismo

de liberación, nacionalismos anti-imperialistas, populismos de izquierda, anarquismo, etc.), ayudando a que den lo mejor de sí al abandonar sus elementos occidentalizados y posibilitando una relectura de sus propios y valiosos contenidos desde los aspectos más profundos de nuestra región; g) el diálogo entre los pueblos del Sur Político (Santos, 2002, p. 380) abarcando “el espacio planetario de la expansión colonial / imperial” (Mignolo, 2007, p. 45).

Para los objetivos del presente artículo, se resalta el compromiso con los saberes de los pueblos latinoamericanos, que deben producir un conocimiento no solo “para” o “sobre” América Latina, sino sobre todo “desde” nuestra región. La elección del lugar “desde donde” construimos el conocimiento nos provee tanto de las cercanías como de las distancias (epistémicas, afectivas y políticas) frente a los problemas que abordamos y, principalmente, a sus sujetos históricos. La elección y el compromiso con el lugar tiene una importancia vital en el camino del conocimiento que surja de las sabidurías de las luchas populares latinoamericanas.

Generalmente, el conocimiento pro-oligárquico, lamentablemente dominante en nuestra academia, busca ocultar el lugar, alegando neutralidad y objetividad científica. Pocos admiten que el discurso científicista esconde su compromiso con las estructuras de poder. De todas formas, existen también sectores de la academia que manifiestan apoyo ético y político con las mayorías populares, pero que no pudieron o no quisieron trascender ese compromiso a lo epistémico al reproducir un conocimiento marcado por el eurocentrismo y, por tanto, por la colonialidad.

La comprensión de la justicia comunitaria exige la manifestación de ese compromiso ético, que se traduce en una postura teórica que promueva el giro decolonial, ya que resulta de práctica y saberes que subsistieron marginalizados de las epistemologías científicas de América Latina, especialmente cuando se trata de filosofía del derecho cuya matriz occidental y profundamente arraigada en la cultura jurídica latinoamericana, como será expresado en la próxima sección.

III. Descolonización del Derecho y el Nuevo Constitucionalismo

El paradigma jurídico dominante es caracterizado por el monismo, la estatalidad, la racionalidad formal y por la defensa dogmática de la seguridad jurídica. La legitimación del derecho en los Estados modernos ocurre por el monopolio de la fuerza, por la despersonalización del poder, por el sentido de legalidad escrita y legitimidad jurídico-racional (Wolkmer, 2006). Tal fórmula, forjada en el seno de las revoluciones liberales, escamotea la estructura capitalista que sostiene los intereses de la clase dominante en las relaciones de poder verticalizadas y estatalizadas.

La fuente única de producción del derecho es el Estado y el criterio de validez formal de las reglas substituye los criterios de eficacia y de aceptación social que actúan en otras fuentes de justicia. La filosofía del positivismo normativo, que tanto influenció la herencia del derecho en América Latina, alejó por completo las experiencias normativas auténticas de la región, sobre todo aquellas que están presentes en el mundo indígena, que fueron absolutamente excluidas del ordenamiento oficial. El derecho estatal, cuando regulaba intereses indígenas, lo hacía de forma ultrajante, sea atribuyéndoles la incapacidad civil o secuestrando el *status* jurídico de ciudadanía, principio básico para usufructuar las garantías normativas del Estado liberal.

Aún estando en crisis, el monismo sigue siendo el pilar estructurante del Estado de derecho contemporáneo, al lado del dogma de la seguridad jurídica. Siendo así, monismo y seguridad jurídica constituyen dos mitos que sostienen las estrategias de la colonización del derecho, cuya función primordial es la garantía de las libertades negativas e individuales contra el Estado para asegurar el libre mercado y reprimir penalmente a todos aquellos que no alcanzan el *status* de ciudadanía.

El mito del monismo jurídico, de acuerdo con Amaya, presenta una doble tendencia, tanto de inclusión como de exclusión:

De inclusión porque implica selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo

partes de los sistemas jurídicos socialmente producidos que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión, porque la selección implica el rechazo de construcciones normativas que se derivan externas al orden jurídico para perseguirlo, deslegitimarlo o dispersarlo. (Amaya, 2002, p. 51).

La colonización se en los dos aspectos: en la inclusión ya que la incorporación de normas de otros sistemas jurídicos desautoriza otros intérpretes de la ley que no sean los funcionarios al servicio del poder; y en la exclusión, especialmente por la imposición hegemónica del sistema jurídico oficial sobre los demás sistemas jurídicos.

Y, en el caso, de la seguridad jurídica se conforma como artificio discursivo que busca legitimar la centralidad de la producción y la aplicación del derecho en nombre de una justicia supuestamente garante de la estabilidad social, aunque excluyente y profundamente represora en relación a los marginalizados del sistema social.

Frente a la realidad de un derecho claramente colonizado, ordenado y sostenido por el capitalismo, tanto en su conformación teórica como en su práctica, existen algunas prácticas que ayudan a visibilizar los caminos de la descolonización en un ámbito tan impermeable a las perspectivas originarias y autónomas.

Uno de los elementos claves de este proceso es el movimiento que viene siendo denominado como “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” cuyas expresiones más eminentes son las Constituciones Ecuatoriana de 2008 y la Boliviana de 2009, que fueron marcadas fundamentalmente por las contribuciones de los movimientos indígenas de esos países.

Se trata de un constitucionalismo real (Viciano P.; Martínez D., 2010), pluricultural (Yrigoyen F., 2011) o transformador (Santos, 2010). Según Yrigoyen Fajardo (2011, p. 142):

Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización

Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros. (...) Las Constituciones de este ciclo reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

Para Santos el constitucionalismo transformador actúa “a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)” (p. 72).

De los distintos elementos que podríamos destacar, indicaremos tres que son fundamentales para el presente artículo, que son: la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico y la presencia de principios indígenas en la parte dogmática de las Constituciones.

El Estado Plurinacional es la modificación más importante en la estructura y la ideología del Estado-Nación que ocurrió desde su época fundacional. Implica, entre otras cosas, el intento de efectivizar en el ámbito político institucional una realidad negada por la Colonialidad del Poder: que existen naciones que preexisten al Estado liberal y que, por tanto, tienen un derecho propio que debe ser respetado. La plurinacionalidad requiere que se organice un sistema de diálogo entre saberes, criterios y prácticas de diferentes derechos que están actuando en los territorios, inclusive considerando algunas características internacionales de esos derechos.

Otro elemento, íntimamente vinculado al anterior es el pluralismo jurídico comprendido especialmente a partir del ejercicio y de la lucha de los movimientos indígenas. Este pluralismo jurídico es “producto de lo que podríamos llamar la capacidad ancestral y ‘popular’ de convivencia y de resolución de conflictos”

(Friggeri, 2014, p. 177-178). El Estado deja de ser la única fuente de derecho y reconoce que existe un “derecho que nace del pueblo” (De la Torre R., 1986) y que debe ser “elevado” en virtud de su soberanía y autodeterminación.

El tercer elemento es fundamental, sobre todo porque en las referidas Constituciones están asegurados los principios indígenas en convivencia con los principios consagrados occidentalmente en la historia de los derechos humanos liberales. La presencia de valores indígenas en la parte dogmática de las Constituciones da un carácter referencial y de potencialidad para dar forma a la interpretación de las leyes y, por consecuencia, hacer respetar la jurisdicción indígena originaria.

Según Uprimny (2011, p. 113) junto al reconocimiento amplio de los derechos indígenas, la parte dogmática de las referidas Constituciones incorporaron derechos civiles y políticos heredados de tradiciones demoliberales, estableciendo ampliamente derechos sociales, económicos y culturales, pero presentan su gran diferencia en el reconocimiento de las distintas formas de derechos colectivos como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente y el derecho de la naturaleza (Pachamama) en la Constitución Ecuatoriana, que pasa a ser sujeto jurídico por lo menos formalmente, así como la incorporación de la cosmovisión indígena en ambas constituciones.

Es, por lo tanto, a partir de la Plurinacionalidad, el Pluralismo Jurídico y del reconocimiento de valores comunitarios que se comienza a comprender la función y el espacio de la justicia comunitaria en el cuerpo constitucional, como será expuesto en la próxima sección.

IV. Justicia comunitaria en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

La descolonización del derecho en el proceso constitucional boliviano derivó en el reconocimiento del pluralismo jurídico en su artículo 179:

Artículo 179.

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

En un mismo dispositivo, la Constitución boliviana supera el proceso de inclusión y exclusión monista en dos decisivas incorporaciones: primero por el reconocimiento de la justicia comunitaria al establecer igual jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena; segundo por la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional – TCP constituido por magistrados electos por sufragio universal, respetando la proporcionalidad indígena lo cual es resultado de la observancia del criterio de plurinacionalidad.

La forma de coordinación entre los dos sistemas de justicia fue reglamentada por la Ley de Deslinde Jurisdiccional – Ley 73 de diciembre de 2010 – que fue criticada por algunos investigadores al considerar que el dispositivo legal blindó la justicia ordinaria contra los excesos de la justicia comunitaria, no obstante reafirmar la necesidad de cumplimiento de las decisiones originarias (Wolkmer; Ferrazzo, 2016, p. 68).}

El Tribunal Constitucional Plurinacional debe velar por los principios de plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo jurídico y complementariedad, según la Ley 27 del 6 de julio de 2010 que organiza su funcionamiento. Una de las estructuras del Tribunal (sala especializada) debe tratar acerca de las consultas formuladas por las autoridades indígenas, en carácter exclusivo.

Para Wolkmer y Ferrazzo “Em geral, as decisões conduzem a uma mitigação do pluralismo jurídico, reafirmando a supremacia do direito estatal, tornando ineficaz a jurisdição indígena, ou ainda, eventualmente, implicando na criminalização tácita da jurisdição indígena” (2016, p. 68-70). Por otro lado, reconocen los autores que también existen casos positivos, como en la sentencia 1422 de 2012 que reconoció la hermenéutica plural o multidimensional que interpreta vivencias y experiencias a partir de la materialidad concreta del pueblo indígena originario.

En el análisis de la jurisprudencia del TCP hay una clara limitación de la jurisdicción comunitaria indígena en cuanto a la violación de los derechos fundamentales, reforzando lo que fue constatado por los autores Wolkmer; Ferrazzo (2016, p. 68-70). En el mismo sentido, la sentencia 952 de 2017 – S2 que trata sobre la decisión de expulsión, por la justicia originaria, de indígenas de la comunidad Chiara Araña, en el Departamento de La Paz en razón de un delito penal, reconoce que:

...si bien la jurisdicción indígena originaria goza de reconocimiento en la Ley Fundamental, por el reconocimiento plural del Estado Boliviano; el principio de unidad de la función judicial, implica que todas las jurisdicciones deban cumplir y respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, en el marco de la obediencia máxima a la Constitución Política del Estado, límites que le son impuestos pese a su reconocimiento, tomando en cuenta la máxima eficacia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, así como la materialización de los principios, valores y fines que fundamentan la Norma Suprema en defensa del carácter supremo que le atinge.

En cambio, la Declaración Constitucional 88 de 2017 que delibera sobre una consulta de autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto reconoció la autonomía de la justicia indígena para solucionar un conflicto de tierras en la Estancia Tansilla, que se localiza en el Departamento de Potosí.

En la decisión, además de reconocer los principios indígenas *suma qamaña* (“vivir bien”), *qhapaq ñan* (camino o vida noble) que orientaron a la comunidad indígena a adoptar una decisión comunitaria, el Tribunal fundamentó la declaración de aplicabilidad al caso concreto de la determinación adoptada por las autoridades originarias del *Ayllu Achuma “Kbучo”* tanto en la Convención 169 de la OIT, como en las normas constitucionales que establecen la autodeterminación de los pueblos indígenas y hasta en la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicaragua”, que reconoció la forma comunal de los indígenas de propiedad colectiva de la tierra. Para el TCP:

La Constitución Política del Estado Plurinacional con relación a la gestión territorial autónoma es clara y ratifica todo lo señalado en el párrafo anterior, dejando simplemente aclarado que debe tomarse el derecho de los terceros que hayan sido “legítimamente adquiridos”, resaltamos esta última expresión por las consecuencias históricas por los que tramitó la territorialidad indígena, no todos los terceros poseen de manera legítima la tierra, muchas han sido producto de imposiciones de negociados y de despojos bajo el manto de la legalidad, siendo imperativo la reconstitución territorial en el marco de la Plurinacionalidad, al respecto la Ley fundamental en el art. 30.II.17 expresa que los pueblos indígenas tienen derechos: “A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”.

De esa forma, podemos concluir de forma parcial que la jurisprudencia del TPC tiende a reconocer los derechos colectivos indígenas, pero subyuga la justicia comunitaria a los derechos fundamentales cuando esta viola los derechos individuales de matriz liberal occidental.

Por lo tanto, debemos entender el pluralismo constitucional boliviano en una triple perspectiva: primero, por el reconocimiento de otros sistemas normativos por el sistema

hegemónico oficial que permite la aceptación de los procesos decisorios de la justicia comunitaria, siempre y desde que limitados por los principios de unidad jurisdiccional, lo que puede traducirse en la superposición de los principios del monismo frente a los principios indígenas; segundo, por la inclusión de principios indígenas como fuentes oficiales en el sistema hegemónico oficial; tercero, por la inclusión de representantes indígenas electos para ejercer las funciones en la corte constitucional, garantizando así la correcta interpretación de los valores de la cosmovisión indígena.

La conformación de esa correlación entre la justicia comunitaria y la jurisdicción estatal resulta del conflicto entre la legalidad demo-liberal y la legalidad subalterna que se expresa en cuatro clases de sociabilidad: violencia, coexistencia, reconciliación y convivencia. La violencia que resulta de la supresión y subordinación de la legalidad subalterna por el sistema oficial. La coexistencia es la no hibridización de los sistemas, típicos del apartheid cultural que produce la incomunicabilidad entre ellos. La reconciliación que se fundamenta en la justicia restaurativa para reparar las violaciones del pasado y la convivencia que es una reconciliación que mira al futuro, cuando las violaciones del pasado fueran superadas, facilitando los intercambios tendencialmente iguales y la autoridad compartida entre los dos sistemas. En último caso, el sistema oficial y el subalterno son considerados visiones alternativas que, cuando entran en conflicto, son solucionados según reglas consensuadas (Santos, 2010, p. 89-90).

El pluralismo boliviano presenta una sociabilidad que aprecia la convivencia de los dos sistemas, especialmente en razón del reconocimiento de la plurinacionalidad. En la práctica judicial observamos una tendencia a reconocer la autonomía del sistema indígena en relación a los derechos colectivos, aplicando la previsión constitucional de garantía de los derechos fundamentales en caso de conflicto relativos especialmente a los derechos individuales, como se ha visto. Por tanto, es posible inferir que las reglas consensuadas están siendo consideradas, aunque exista una notable jerarquía entre los dos sistemas.

Siendo así, independientemente de las limitaciones y críticas que puedan surgir de los conflictos provenientes de la zona de contacto entre los sistemas, es innegable el profundo proceso transformador realizado por la Constitución Boliviana, especialmente por la preponderancia del plurinacionalismo, fruto de los movimientos indígenas que se hicieron presentes en la Asamblea Constituyente.

No hay, entonces, como comprender la descolonización del derecho por el reconocimiento de la justicia comunitaria y el nuevo constitucionalismo sin que se lleve en consideración el protagonismo y activismo del movimiento indígena.

V. Consideraciones finales

La descolonización del derecho requiere un diálogo de saberes cuya implementación se enfrenta con una dura resistencia de los sectores más oligárquicos de la magistratura porque altera la configuración del poder económico que siempre fue el fundamento del Estado liberal en América Latina.

La prevalencia del pluralismo jurídico es, incluso, fuertemente contradictoria con las normas constitucionales que protegen la propiedad privada. De allí la importancia de comprender las potencialidades del nuevo constitucionalismo latinoamericano para consolidar prácticas jurídicas emancipatorias que están orientadas y al servicio de las mayorías populares.

Los estudios descoloniales permitirán visibilizar los mecanismos coloniales arraigados en las estructuras institucionales del Estado y de la sociedad latinoamericana. La emergencia de una sociología decolonial contribuye vivamente para pensar y construir otra posibilidad de justicia, resultado de una legalidad subalterna que refunda el orden constitucional sobre bases profundamente innovadoras.

Como se ha visto en el artículo, no se trata solamente de dar autonomía para la justicia comunitaria o de reconocer las fuentes de los sistemas normativos no oficiales, sino de incluir otros pilares que sostengan la estructura estatal como la

plurinacionalidad, el pluralismo y los valores indígenas que fragilizan los fundamentos del Estado democrático liberal, sin, con todo, substituirlos.

El proceso de descolonización es continuo, la justicia comunitaria es apenas una de sus estrategias más importantes, pero es una fuente preciosa e inmensa para repensar el derecho a partir de los valores populares, libertándolo de su atadura servil a la propiedad burguesa.

VI. Bibliografía

- AMAYA, Edgar Ardilla (2002). Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. *El outro derecho*, número 26-27, pp. 49-61.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago., GROSFOGUEL, Ramon (Comp). (2007) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Colombia, Bogotá: Siglo del Hombre.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (1986). *El Derecho que nace del pueblo*. México, Aguascalientes: CIRA.
- FALS BORDA, Orlando (2009). *Una sociología sentipensante para América Latina*. Colombia, Bogotá: CLACSO / Siglo del Hombre.
- FRIGGERI, Félix Pablo (2014). 'Alteridad Constitucional'. Nuevo Constitucionalismo y principios indígenas: de la incoherencia a la revolución. *Cadernos Prolam/USP*, 13(25), pp. 173-187.
- LANDER, Edgardo (2000). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. En Lander, Edgardo (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Argentina, Buenos Aires: CLACSO, pp. 11-40.
- MIGNOLO, Walter (2007). La opción des-colonial, desprendimiento y apertura: un manifiesto y un caso. En CASTRO-GÓMEZ, Santiago., GROSFOGUEL, Ramon (Comp), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Colombia, Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Central; Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, pp. 25-46.
- QUIJANO, Aníbal (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad*

- del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas.* Argentina, Buenos Aires: CLACSO, pp. 201-248.
- QUIJANO, Aníbal (1992). Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. *Perú Indígena*, 13(29), pp. 11-20.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática.* São Paulo: Cortez.
- SANTOS, Boaventura de Souza (2010). *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur.* Peru, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- UPRIMNY, Rodrigo (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En César Rodríguez Garavito (Coord), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.* Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 109-137.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2010). Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional. IUS 25, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, pp. 7-29.
- WALSH, Catherine (2008). "Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado". *Tabula rasa*, nº 9, pp. 131-152.
- WOLKMER, Antonio Carlos (2006). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho.* Espanha, Sevilla, Editorial Mad.
- WOLKMER, Antonio Carlos., FERRAZO, Débora (2016). Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas. *Direito, Estado e Sociedade*, n.48, pp. 47-75.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En César Rodríguez Garavito (Coord), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.* Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 139-159.

La idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exigibilidad

The suitability as a structural condition of the constitutionalized republican system and the legitimacy for its enforceability

A adequabilidade como condição estrutural do sistema republicano constitucionalizado e a legitimidade para sua exigibilidade

L'adéquation comme condition structurelle du système républicain constitutionnalis  et la légitimité de son caractère ex cutoire

适合作为宪法化共和制度的结构条件及其可执行性的合法性

Marcelo José Schreginger¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/N  12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 210-245

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e306>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3958-8417>

Recibido:05/03/2019

Aprobado: 09/06/2019

Resumen: El trabajo pone el eje en el respeto de la garantía de cobertura de cargos en dos premisas derivadas del artículo 16 de la Constitución Nacional: exigir idoneidad en los postulantes y habilitar a todos los habitantes de la Nación a demostrar tal requisito. Dicho postulado es considerado un principio estructural previsto en el programa constitucional inicial

¹ Abogado, especialista en Derecho Administrativo (Universidad Nacional de La Plata), docente de posgrado de la Universidad Nacional de Rosario, juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás de los Arroyos, provincia de Buenos Aires, Argentina. Email: marcelo_jose@yahoo.com

como ínsito en el sistema republicano de gobierno constituyendo, tanto un derecho exigible por cada habitante del Estado como un deber para las autoridades de cada una de las esferas de gobierno que conforman nuestro sistema federal. Considera la previsión de cupos necesarios para resguardar a determinadas categorías desaventajadas -en muchos casos por prejuicios culturales que deben superarse- dentro de los cuales debe respetarse el principio de selección previsto constitucionalmente. Describe distintos fallos en los que se aborda la aplicación del requisito de idoneidad como exigencia en la cobertura de cargos públicos.

Palabras claves: Garantía de idoneidad. Igualdad en el acceso a los cargos públicos. Estabilidad.

Abstract: The present work is focused on respecting the guarantee of coverage of charges in two premises derived from article 16 of the National Constitution: demand suitability in the applicants and enable all the inhabitants of the Nation to demonstrate such a requirement. This postulate is considered a structural principle envisaged in the initial constitutional program as an inherent element in the republican system of government, constituting both an enforceable right for each inhabitant of the State and a duty for the authorities of each of the spheres of government that make up our federal system. It considers the provision of places necessary to protect the required disadvantaged categories - in many cases due to cultural prejudices that must be overcome - within which it must respect the constitutionally established selection principle. It describes different legal decisions in which the application of the suitability requirement is addressed as a requirement in the coverage of public charges.

Keywords: Suitability Guarantee-Equality in access to public office- permanence

Resumo: O trabalho coloca o eixo no respeito da garantia de cobertura de postos de trabalho em duas premissas derivadas do artigo 16 da Constituição Nacional: exigir a adequação dos postulantes e permitir a todos os habitantes da Nação demonstrar tal exigência. O referido postulado é considerado um princípio estrutural previsto no programa constitucional inicial como próprio do sistema republicano de governo constituindo tanto um direito exigível por cada habitante do Estado quanto um dever para as autoridades de cada uma das esferas de governo que compõem nosso

sistema federal. Considera a provisão de quotas necessária para proteger certas categorías desfavorecidas - em muitos casos devido a preconceitos culturais que devem ser superados - dentro dos quais deve ser respeitado o princípio de seleção constitucionalmente estabelecido. Descreve diferentes decisões judiciais nas quais é abordada a aplicação do requisito de adequação como um requisito na cobertura de cobranças públicas.

Palavras-chave: Garantia de adequação. Igualdade no acesso à cargos públicos. Estabilidade.

Résumé: Ce travail se focalise sur le respect de la garantie de couverture des charges publiques suivant les deux prémisses qui découlent de l'article 16 de la Constitution Nationale: exiger des candidats l'adéquation au poste et permettre à tous les habitants de la Nation de pouvoir fournir les justificatifs requis. Ce postulat est considéré comme un principe structurel prévu par le programme constitutionnel inhérent au système républicain de gouvernement constituant, aussi bien en tant que droit exigible par tout citoyen qu'un devoir pour les autorités de chacune des sphères gouvernementales qui composent notre système fédéral. Il considère la mise en place de quotas nécessaires pour protéger certaines catégories défavorisées - dans de nombreux cas en raison de leur propres préjugés culturels à surmonter - dans lesquels le principe de sélection prévu par la constitution doit être respecté. Il décrit différentes failles sur l'application du principe d'exigence de la conformité au poste dans le processus de pourvoiement des charges publiques.

Mot-clés: Garantie de conformité. Égalité d'accès aux fonctions publiques Stabilité.

摘要: 这项工作将轴线置于“国家宪法”第16条规定的两个房地的保险费保证范围内: 要求申请人适合并使所有居民能够证明这种要求。所述假设被认为是初始宪法计划中预见的结构性原则, 当然在共和制政体中, 既构成了国家每个居民的可执行权利, 也构成了构成我们制度的每个政府领域当局的责任。联邦。它考虑提供保护某些弱势群体所必需的配额 - 在许多情况下由于必须克服的文化偏见 - 必须遵守宪法规定的选择原则。它描述了不同的失败, 其中适用性要求的应用被作为公共收费范围的要求

关键字: 保证适用性, 获得公职的平等, 稳定性.

I. Introducción

La protección del empleo público desde el derecho constitucional, laboral, e incluso en el derecho administrativo, apoyados en el Constitucionalismo social, se ha focalizado en la aplicación de la garantía de estabilidad consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y, mucho antes en el artículo 103 inciso 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, lo que ha sido una herramienta más que trascendente para apuntalar la carrera profesional administrativa asegurando continuidad en las expectativas de crecimiento profesional, ello ante un posible riesgo de sustitución de los cuadros organizacionales por los sucesivos cambios de gestión que, la natural y sana alternancia democrática genera en los distintos órganos y entes estatales.

La idoneidad no sólo condiciona el derecho al acceso a la función pública, también constituye un requisito previo para el ejercicio regular de otros derechos o la consolidación de garantías vinculadas con la relación de empleo público -v. gr. el derecho a la estabilidad en el cargo previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional o a la carrera administrativa consagrado en el artículo 103 inciso 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-. Así también respecto del cumplimiento de normas protectorias de determinadas categorías cuando las normas consagran políticas de inclusión laboral dentro de la organización pública.

En el presente trabajo planteamos que el requisito previo consagrado en la Constitución nacional en su artículo 16 constituye una condición basal para conformar la estructura organizacional estatal y para acceder a otras garantías o consolidar derechos, para lo cual el Estado tiene un deber positivo exigible de cubrir cada uno de los puestos gubernamentales respetando un mecanismo que garantice la posibilidad para todos los habitantes de nuestro país de acceder a los cargos públicos en igualdad de condiciones con un solo condicionante ineludible, la comprobación objetiva de idoneidad.

Así también vamos a examinar el juego armónico y sistemático de ambas garantías (y deberes institucionales) y la incidencia de dicha interacción en la conformación de los cuadros estatales, por otro lado abordaremos la respuesta jurisprudencial a conflictos vinculados con el ingreso a los cuadros del estado.

II. La idoneidad para el acceso a los cargos públicos

Esta garantía consagrada en la Constitución desde su génesis en el año 1853², tiene una doble función; por un lado, poner

² El requisito de idoneidad para el acceso a los cargos públicos no ha sido extraído del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Juan Bautista Alberdi, ya que el artículo 17 establecía: “La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay fueros personales; no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles a los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales.”

Tampoco surgen sus fuentes de los debates de la Asamblea Constituyente. (cfr. DE AN-
GELIS, Pedro, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, t.IV 1827-1862, Bs. As., Talleres S.A.
Casa Jacobo Peuser. Ltda., 1937, p. 514-515).

Para Néstor Sagües el artículo tiene dos antecedentes precisos, uno próximo a la Constitución, éste es el proyecto de Pedro de Ángelis, quien en la sección cuarta artículo 14, expresaba: “Los argentinos son iguales ante la ley, y pueden obtener los empleos públicos a que aspiren, si tienen las aptitudes necesarias para desempeñarlos”, otro lejano pero de enorme importancia, en el artículo VI de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), norma que establecía: “La ley es la expresión de la voluntad general... Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y talentos” (Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Sobre la reglamentación del principio constitucional de idoneidad”, LL 1980-C-1216).

De igual manera Mario A. Midón señala que el artículo no abreva en ninguno de los estatutos o proyectos de la Constitución Nacional a partir de 1811, tampoco fue pensada por los convencionales norteamericanos ni incluida en el proyecto de Alberdi. Entiende que la interpretación que mejor se compatibiliza es aquella que entiende que los constituyentes se basaron en la declaración francesa de 1793 en cuanto consagraba la igualdad en la admisibilidad de los empleos públicos sujetos a “la consideración de virtudes y talentos que guían a las naciones libres en sus elecciones...”, así también cita al proyecto de Pedro De Ángelis (MIDÓN, Mario A., “Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo público”, LL 1983-A-920).

Lo que queda claro es que su antecedente ha sido el constitucionalismo francés posrevolucionario, podemos ver como el texto del artículo 10 de la Constitución Francesa de 1848 tiene gran similitud con el de nuestro artículo 16. El mismo establece: “Todos los ciudadanos

en un pie de igualdad a todos los habitantes de la República y, por el otro, imponer al propio Estado la exigencia de condiciones de idoneidad suficientes a los postulantes para acceder a los cargos a cubrir, lo que supone limitar la discrecionalidad en la selección y procurar una gestión pública más eficiente³.

La exigencia del requisito de idoneidad en condiciones de igualdad no solo debe respetarse en cada uno de sus poderes, sino también en los distintos niveles de la organización federal, esto es: nacional, local y comunal.

III. Consagración expresa del derecho al empleo en las Constituciones Locales

La previsión constitucional de acceso igualitario a los cargos públicos con la sola exigencia de la idoneidad que contiene el artículo 16 de la Constitución Nacional debe ser respetada por todas las jurisdicciones locales en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la Carta Federal, dado que es una de las garantías consagradas en dicha norma.

Sin perjuicio de ello, las Constituciones locales han profundizado las exigencias para resguardar el acceso a los cargos públicos y definir los parámetros sobre los que debe regularse el régimen de empleo público de los cuadros administrativos, como ejemplo de ello podemos citar los casos de las Provincias de Buenos Aires y Santa Fe, así también -más recientemente- de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

son admisibles por igual a todos los empleos públicos, sin otro motivo de preferencia que sus méritos, y conforme a las condiciones que establezcan las leyes. Quedan abolidos para siempre todo título nobiliario, toda distinción de nacimiento, de clase o de casta" (Fuente: JÈZE, Gastón, "Principios..."; cit., t.II.2., p. 35), frente al nuestro: "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.", con el plus, para nuestra Carta Magna, de reconocer dicha garantía a todos sus habitantes sin exigir la condición de ciudadanos.

³ BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t.III, Sexta Edición, La Ley, Bs. As., 1964, p. 98.

La exigencia de idoneidad ha sido receptada en la Provincia de Buenos Aires a través del artículo 103 inciso 12⁴ de su Constitución, norma que a su vez, se integra con el inciso 3⁵ del mismo artículo y con el artículo 39⁶ incorporado por la reforma del año 1994.

Cabe observar que el texto vigente del artículo 103 se corresponde con el del artículo 90 de la Constitución de 1934. En esta norma se reconoce no sólo el acceso por idoneidad, sino también otros componentes de la carrera administrativa, como la necesidad de disponer un escalafón (lo que supone la posibilidad de ascender), la uniformidad de sueldos por categoría y la

⁴ Artículo 103 inciso 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Corresponde al Poder Legislativo:... 12.- Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades.”

⁵ Artículo 103 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Corresponde al Poder Legislativo:... 3.- Crear y suprimir empleos para la mejor administración de la Provincia, determinando sus atribuciones, responsabilidades y dotación, con la limitación a que se refiere el primer párrafo del inciso anterior.”

⁶ Artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “El trabajo es un derecho y un deber social.

1. En especial se establece: derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil.

A tal fin, la provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores; impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo.

2. La provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales.

3. En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 103, inc. 12 de esta Constitución, la provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la sustanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo.”

garantía de estabilidad, ello veintitrés años antes de la reforma que incorporara el artículo 14 bis a la Constitución Nacional.

Por otra parte, a partir del año 1994, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, el trabajador encuentra garantías en el artículo 39 de su Constitución que protege concretamente la relación de empleo, debiendo entenderse que lo hace respecto de aquellas de naturaleza pública, ya que éstas son las únicas que pueden ser reguladas substancialmente por la autoridad provincial, ello debido a que las jurisdicciones locales no pueden incursionar en cuestiones laborales de fondo por ser materia excluida por el artículo 75 inciso 12 la Constitución Nacional.

El artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires luego de enunciar en su inciso 1 que el trabajo es un derecho y un deber social -entre los diversos derechos que precisa- consagra expresamente el derecho “al trabajo”.

Esta norma no sólo protege derechos derivados del ejercicio de la relación sustancial de empleo público en sí, sino que también garantiza el cumplimiento de atribuciones de la Provincia en materia de control e impone la carga de desarrollar actividades positivas directas o indirectas de fomento laboral.

Si bien el inciso 1 del artículo 39 en general, enuncia garantías protectorias del ejercicio de la relación de empleo público, al consagrar el derecho al empleo, lo hace como garantía programática, asignando a la Provincia competencia positiva (lo que supone potestades-deberes) destinada a garantizar la implementación de políticas públicas de promoción del empleo -lo que debe entenderse- como abarcativas tanto del ámbito público como privado.

La Constitución de Santa Fe en su artículo 55 inciso 23⁷ si bien no hace mención a la garantía de idoneidad sí lo hace

⁷ Artículo. 55 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe: “Corresponde a la Legislatura: ...23- Dictar leyes sobre organización de la Administración pública y el estatuto de los funcionarios y empleados públicos, que incluya, entre otras, garantías de ingreso, estabilidad, carrera e indemnización por cesantía injustificada...”.

respecto a brindar garantías de ingreso, a la estabilidad y a contar con una carrera administrativa, sin perjuicio que posteriormente, hace mención al derecho a indemnización por cesantía injustificada.

El artículo 43⁸ de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del régimen de empleo público, reconoce las garantías de estabilidad y capacitación, todo ello bajo el principio de idoneidad funcional, así también la exigencia de regular la carrera administrativa y el acceso a los cargos a través de concurso público abierto. Esta manda -a diferencia de otras jurisdicciones que lo hacen a través de normas subconstitucionales- garantiza un cupo de un cinco por ciento para las personas con necesidades especiales.

IV. La garantía de acceso a los cargos públicos en el derecho supranacional

Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción⁹ -aprobada por Ley 24.759- como la Convención de las Naciones

⁸ Artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta.

Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición.

Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen.

El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo.”

⁹ Artículo III: “Medidas preventivas. A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de

Unidas contra la Corrupción¹⁰ -aprobada por Ley 26.097- procuran garantizar el respeto de determinados principios en los procesos de selección de los agentes estatales. Estas convenciones -sin perjuicio de no haber sido constitucionalizadas hasta la fecha por no haberse cumplido con el requisito del artículo 75 inciso 22 “último párrafo” de la Constitución Nacional-, resultan de aplicación a las Provincias por ser leyes que reglamentan directamente derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional, resguardadas en las Provincias en virtud de la garantía federal del artículo 5 de la Carta Federal.

La Convención Interamericana contra la Corrupción en su artículo 3 punto 5 prevé que cada Estado debe considerar la aplicación de sistemas de contratación de funcionarios públicos que aseguren publicidad, equidad y eficiencia.

La publicidad¹¹ supone adecuada difusión de la necesidad y requisitos para la cobertura del cargo y al consumarse, también de la designación.

La equidad en el sistema de contratación de empleados públicos puede ser entendida como pauta de razonabilidad en situaciones de contrataciones desmedidas, es decir como límite intrínseco a la discrecionalidad. Así también como pauta de moderación en la aplicación de la ley¹², sentido receptado

sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: ...5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.”

¹⁰ Artículo 7 Sector público 1. “Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud...”

¹¹ GORDILLO, Agustín, “Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana contra la Corrupción”, publicado en LL 1997-E-1091.

¹² BREBBIA, Roberto H., “La equidad en el derecho de daños” en obra colectiva “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)” Lexis N° 1010/001395 (fuente pág. Web: www.lexisnexis.com.ar) define: Entendemos que la equidad, en virtud de la función ordenadora que cumple dentro del proceso de aplicación de la ley, permite

expresamente por el artículo 117 decreto ley 7647/70 de procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires para limitar el rigor legal en la anulación de actos administrativos. Pero, sobre todo, el principio actúa como parámetro de justicia distributiva, más que en la subsunción de una norma al caso concreto de selección (v. gr. en la ponderación de los distintos requisitos de idoneidad en un supuesto específico)¹³, como criterio rector en la planificación general para la creación y cobertura de cargos públicos¹⁴. La equidad actúa aquí como regla directriz en el ejercicio de la función normativa del Estado destinada a aplicar políticas de inclusión social respecto de determinadas categorías que se encontrarían “*a priori*” en una supuesta desventaja para acceder al empleo, ejemplo concreto de ello lo tenemos en los casos de los discapacitados o de personas condenadas liberadas; así también en los casos de ejecución de políticas de ocupación en situación de emergencia por índices elevados de desempleo o categorías con

simplemente moderar o atenuar su rigor en la tarea de adecuar la regla abstracta a la singularidad fáctica, supliendo en la medida de lo posible aquella modalidad constitutiva derivada de la naturaleza general y abstracta de la ley.

¹³ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, “Actualidad sobre la jurisprudencia “De equidad” en la Corte Suprema de Justicia”, LL-1999-F, p. 1148. Este autor distingue cuatro tipos de equidad tres tipos de equidad: aequitas griega, aequitas romana, la aequitas romana de la tradición cristiana y la equidad del control de constitucionalidad. La primera destinada a resolver en el caso concreto los supuestos que no ha podido contemplar la norma, de acuerdo a la segunda equidad es el derecho comprendido en el caso concreto, la tercera se corresponde con la modulación de la segunda por influencia correctora de la moral judeo-cristiana. A través de la cuarta sino que se la cual se declara inaplicable para el caso o se la expulsa del ordenamiento, aplicando una norma de rango superior; a diferencia del primer supuesto no se resuelve una situación no contemplada sino que se excluye su solución.

¹⁴ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, “Actualidad sobre la jurisprudencia “De equidad”... citado p. 1148. En su trabajo el autor ejemplifica como los criterios de equidad para la resolución del caso, pueden luego positivizarse como principios o reglas. La equidad en sus diferentes variantes responde a distintos criterios de justicia para el caso concreto. Entiendo que el sentido de equidad como pauta de política legislativa, responde, en verdad, a un criterio axiológico, que, en el caso debe ser consecuente con el programa valorativo plasmado en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que, en líneas generales responde a una concepción social del Estado de Derecho, que en la materia abordada se ve reflejado en la consagración expresa del derecho al trabajo en el artículo 39 punto 1 de la Carta Provincial.

mayores dificultades para acceder al mismo (v. gr. a través de planes específicos y temporales, como los denominados “planes trabajar”)¹⁵.

La eficiencia es un principio básico organizacional proveniente de las ciencias económicas que, desde su visión, tiene por objeto maximizar la utilización de los recursos para obtener con ello los mayores resultados, en cambio el principio de eficacia procura como objetivo principal maximizar los resultados.

Ambas convenciones exigen eficiencia en la contratación de empleados públicos.

Dicha eficiencia puede ser considerada desde dos puntos de vista: en el proceso de selección y en el desarrollo de la función. Pero, es en este último donde adquiere su real dimensión, ya que, exigir eficiencia en el agente público redundará en eficiencia para la propia administración. Sin embargo, también debe influir este principio en el proceso de selección, tanto para determinar las condiciones de idoneidad de quien debe cubrir el cargo, como en el desarrollo del procedimiento en sí, fundamentalmente, si ello va de la mano de otros principios como los de transparencia, concurrencia (éste y el anterior vinculados también con el de publicidad) y competencia objetiva -v. gr. concurso de oposición y antecedentes-.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 7 punto 1 prevé que cada Estado parte debe procurar adoptar sistemas de convocatoria y contratación de empleados públicos basados en principios de eficiencia, transparencia, criterios objetivos de mérito, equidad y aptitud.

¹⁵ Cabe destacar que a través de distintas normas -sobre todo de carácter local- se procuró brindar un cupo laboral a ex combatientes de Malvinas, tal el caso de la Ley 3281/87 de la Provincia de Chaco o de la, ordenanza “de facto” 37945/82 de la Ciudad de Buenos Aires, en ambos casos disponiendo la cobertura de cargos para ello y eximiendo de los requisitos previstos normativamente para cubrir los mismos. En cambio, la Ley 2534/85 de la Provincia de Chubut previó una prioridad para los ex combatientes por el término de dos años, respetando los requisitos de idoneidad. En estos casos, los motivos para priorizar al grupo pudieron ser tanto de equiparación frente a casos de dificultad en el acceso al empleo como también como forma de reconocimiento social.

Esta Convención ha dado varios pasos más que la CICC, ya que exige sistemas de convocatoria y transparencia en la selección, lo que supone un grado de difusión y control mucho mayor que el que garantiza la sola publicidad.

Por otra parte, el principio de eficiencia, debe estar respaldado con la selección de funcionarios en virtud de criterios objetivos de mérito y acreditación de aptitud.

Junto a todos estos principios -de la misma manera que la CICC- esta Convención exige el resguardo del principio de equidad.

V. Autolimitación normativa

Junto al esquema sentado por el marco constitucional y convencional supranacional, los distintos regímenes de empleo público previstos en las normas señalan mecanismos de ingreso en base a pautas de selección objetivas por mérito y exigen la comprobación de aptitud para el cargo.

Puntualmente, en la Provincia de Buenos Aires, tanto la Ley 10.430 -régimen general-, como los estatutos especiales lo han regulado en este sentido.

Esta autolimitación se traduce en la exigencia -como deber para la Administración Pública- de cumplir con las previsiones normativas en la selección de personal, pero también en un derecho jurídicamente protegido para quienes pretenden acceder a los cargos vacantes.

A su vez la propia Administración puede autolimitarse a través de su potestad reglamentaria, no pudiendo excepcionarse a través de actos concretos de sus disposiciones de naturaleza normativa¹⁶.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Editorial Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, t.I., p. 204. Principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. "La autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular excepcionar su para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa."

VI. Definición de idoneidad

La idoneidad supone capacidad¹⁷, condición¹⁸, aptitud¹⁹ o suficiencia²⁰ para desempeñar un empleo.

Comúnmente, si bien, en una primera aproximación, se vincula a la idoneidad con la capacidad técnica²¹, condiciones profesionales o habilidades intelectuales para desarrollar una tarea, profesión u oficio, ésta no es la única acepción del término a los fines de la ponderación de las condiciones de una persona para el ingreso a la función pública, este mayor alcance es el que debe inferirse del texto constitucional.

Para Fiorini²², la expresión idoneidad es de tipo genérico, para su determinación concurren diferentes valores con distinto contenido. Señala que el término ha sido proclive a consideraciones de orden técnico, ético, político, entre otras.

Él ha entendido que: “La idoneidad en nuestro país se fundamenta en los valores de la argentinidad, contenido de respeto por la divinidad humana, culto a los elevados valores del ser humano, razón en el juicio, ética en la conducta, lealtad en los procedimientos, entrega generosa a la comunidad, probidad en el

¹⁷ SAGÜES, Néstor, “La reglamentación del principio constitucional de idoneidad” LL 1980-C-1216 hace referencia a esta cualidad con cita y referencia de BIELSA, Rafael, “Derecho Constitucional” 3ed. Editorial Depalma Bs.As. 1959 p. 262.

¹⁸ BIELSA, Rafael, “Derecho ...”, cit., t.III., p. 99.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III-B, Abeledo-Perrot 4^º ed. actualizada, Buenos Aires, 1998, parágrafo 879, p. 120.

²⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, “Derecho Administrativo”, t. III., Tipografía Editora Argentina Bs. As., 1951, p. 363. Este autor señala que la acepción idiomática de idoneidad es la de suficiencia para una cosa. Luego cuando distingue sus distintas facetas habla de aptitudes: técnica, física, moral (p. 366).

²¹ BIELSA, Rafael, “Derecho...”, cit., t. III, p. 104. Este autor señala que: “Si bien, según el texto constitucional, la idoneidad es condición general para desempeñar un empleo o función pública, el concepto de idoneidad, aunque referido principalmente a la aptitud técnica del agente, tiene un significado más general, pues comprende no sólo la aptitud física y legal, sino su aptitud político moral.”

²² FIORINI, Bartolomé A., “Derecho Administrativo”, t. I, Editorial Abeledo Perrot, 2da. Edición 1976, p. 795.

ejercicio de la función, cumplimiento de los deberes impuestos y amor a la patria”. Esta concepción tiene un gran contenido ético y resulta gratificante adscribir a ella, lo que exige procurar su cumplimiento como requisito para el ejercicio de la función pública, más aún en una época donde nuestro país ha aprobado diferentes convenciones, sancionado leyes y reglamentado códigos destinados a marcar la conducta ética de sus funcionarios en sus diferentes niveles de organización político territorial.

Así también, desde una visión diferente, Gastón Jèze exigía para cubrir un cargo público inteligencia, probidad, conocimientos técnicos, celo y sacrificio por la cosa pública²³. Condiciones deseables de encontrar en un agente del estado siempre que fueran unidas a las expuestas por el maestro Fiorini.

Constituye principio de derecho constitucional y administrativo²⁴ que la idoneidad, en sus diferentes facetas, no se presume y, en consecuencia, debe probarse²⁵. Esto supone limitar la potestad discrecional de quien nombra, quien debe acreditar en el acto de designación los fundamentos de la selección.

VII. Reglamentación del requisito de la idoneidad

De acuerdo al artículo 14 de la Constitución Nacional todos los derechos son relativos, en tanto se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio bajo el límite de la razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional).

La necesidad de regular las distintas manifestaciones del requisito de idoneidad ha sido puesta en duda respecto de los

²³ JÈZE, Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, t. II.2. Editorial Desalma, Buenos Aires, 1949, p. 6.

²⁴ SAGÜES, Néstor, “La reglamentación...” cit., p. 1216.

²⁵ BIELSA, Rafael, “Derecho...”, cit., t.III, p.99. Ha expresado que: “La idoneidad o suficiencia no se presume, ella debe probarse de acuerdo con las formas legales, que – como se comprende – deben prevalecer sobre las facultades discrecionales de la autoridad que nombra, y en su virtud considera o juzga la idoneidad; no bastan las apreciaciones de visu, muy propias de nuestro ‘sistema’.”

cargos previstos en la Constitución Nacional, no así respecto de los restantes cargos, donde la situación es más que clara.

Respecto a la discusión señalada en primer término se han dividido las posiciones en dos grandes grupos, aquellos que consideran que pueden imponerse otros requisitos que los previstos en la Carta Magna²⁶ y quienes adoptan una postura restrictiva²⁷.

Entendemos que, la Constitución como carta programática, no puede precisar todos los supuestos y exigencias que permitan la mejor cobertura de cargos, por más que éstos se correspondan con los más elevados de la organización nacional.

En este sentido el legislador podrá normar requisitos no previstos, siempre que estos sean razonables, no alteren las exigencias de igualdad e idoneidad, no se opongan o sean incompatibles con los ya previstos y no desnaturalicen la función.

Según Sagüés, no resulta razonable negar otros requisitos no enumerados por la Constitución, inspirados en razones de bien común, moralidad pública, eficiencia y sensatez. Da como ejemplo exigir una determinada capacidad elemental (como mínimo ciclo primario completo)²⁸, determinar la exclusión de los alienados, menores de edad, sordomudos o quebrados fraudulentos o excluir a quienes han cometido delitos dolosos de determinada gravedad, para acceder a los cargos previstos en

²⁶ SAGÜES, Néstor, "La reglamentación del principio constitucional de idoneidad" LL 1980-C-1216; MIDÓN, Mario A., "Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo" LL 1983-A-920; BADENI, Gregorio, Instituciones de Derecho Constitucional, Editorial Ad-Hoc SRL, Bs. As. 1999 p. 216.

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. I, Editorial Ediar Bs.As. 1993, p. 392; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", t. II, Editorial Desalma, Bs. As. 1994 p. 130.

²⁸ MIDÓN, Mario A. en su trabajo "Consideraciones en torno..." cit., entiende que no resulta irrazonable exigir para las altas magistraturas del Estado -exceptuados los miembros de la Corte y demás tribunales, para quienes es exigible título universitario-, tenga por lo menos el ciclo secundario o equivalente cumplido.

la Constitución (v. gr. Ministros, miembros de la Corte Suprema de Justicia, diputados o senadores)²⁹.

Horacio Rosatti señala que no resulta inconstitucional reglamentar las condiciones de idoneidad por vía legal siempre que ello supere el test de razonabilidad³⁰

Tampoco parece irrazonable exigir antecedentes de cumplimiento de acciones que evidencien comportamientos éticos socialmente corroborados³¹ o una conducta de lealtad democrática e institucional.

VIII. Distintas facetas de la idoneidad

La idoneidad como concepto genérico puede clasificarse de distintas maneras agrupando las características de los requisitos o condiciones exigidas para acceder a la función pública.

Bielsa ha distinguido la idoneidad legal de la profesional, la primera se corresponde con el cumplimiento formal de la ley, la segunda con los principios de la ciencia de la administración, aunque también debe tener base legal³².

A su vez, dentro de la idoneidad legal diferencia a las condiciones positivas de las negativas:

1º) Las positivas exigen cumplir con determinados requisitos, como la de tener el título profesional, ciudadanía, edad, etc.

2º) Las negativas suponen inhabilidades e incompatibilidades, por ejemplo, no sufrir inhabilitación por condena penal, no haber sido destituido por vía disciplinaria, o no haber incurrido en trasgresión legal de orden político o administrativo sancionada con la pérdida e interdicción de desempeñar

²⁹ SAGÜES, Néstor, "La reglamentación del principio ..." cit., p. 1216..

³⁰ ROSATTI, Horacio, "La idoneidad de acceso y de ejercicio de los representantes en los cargos políticos electivos", Revista de Derecho Público, 2012-2, Empleo Público II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2012, p. 11.

³¹ MIDON, Mario A., "Consideraciones en torno..." cit., p. 520.

³² BIELSA, Rafael, "Derecho..." cit., t.III, p. 99

función o empleo público. Distingue de éstas el concepto de solvencia moral.

Este autor también ha separado la aptitud técnica, de la física, legal y político moral³³.

Miguel S. Marienhoff ha indicado que, en algunos casos también es necesario acreditar aptitud económica³⁴.

Benjamín Villegas Basavilbaso ha señalado como requisitos de la idoneidad a la aptitud técnica (intelectual o profesional), aptitud física (edad o salud), la moralidad, el cumplimiento del servicio militar obligatorio y, en algunos casos, el requisito de ciudadanía³⁵. Desecha como requisitos, el sexo, las creencias religiosas o políticas.

Dentro de la aptitud moral cabe distinguir los supuestos de moralidad negativa (incompatibilidad o inhabilidad) de la exigencia de antecedentes de idoneidad positiva.

En este caso, como requisito de ingreso se requiere la acreditación de comportamientos virtuosos.

Es posible apreciar que las leyes que regulan los estatutos de empleo público difícilmente contemplen este tipo de antecedentes.

Sin embargo, podemos encontrar algunos ejemplos, tal el caso de la Ley 13.447 de la Provincia de Buenos Aires, que prevé como antecedente de valoración obligatoria para los concursos destinados a cubrir vacantes en los tres poderes del Estado Provincial al voluntariado social regulado en la Ley Nacional 25.855. Otro ejemplo lo encontramos en el Decreto 3.312/07, reglamentario de la Ley 13.714 de la Provincia de Buenos Aires que establecía un sistema de selección excepcional y temporario del personal de la administración pública provincial³⁶,

³³ BIELSA, Rafael, "Derecho...", cit., t.III, p. 104.

³⁴ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado..., cit., t.III-B., parágrafo 879, 120.

³⁵ VILLEGAS, BASAVILBASO, Benjamín., "Derecho...", cit., t.III., p. 365.

³⁶ Artículo 1 de la Ley 13417: "Suspéndase desde el 1º de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2009, inclusive, las normas contenidas en la Ley N° 10430 (T.O. según Decreto

allí, en el artículo 15³⁷ de la norma reglamentaria citada, se definen los distintos tipos de competencia a evaluar para cubrir cargos vacantes, contemplando en primer lugar a la “ético institucional”, en la que se incluye la ponderación de los valores y comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en el puesto de trabajo, y estos, concretamente, deben estar referidos al respeto de los derechos humanos e instituciones democráticas, a la búsqueda de la justicia y a la promoción de la inclusión social.

La exigencia de esta faceta de la idoneidad debe acentuarse respecto de la cobertura de aquellos cargos de mayor responsabilidad institucional.

N° 1869/96) y sus modificatorias, que se opongan a la presente, y al sólo efecto de la cobertura de cargos vacantes.”

³⁷ Artículo 15 del Decreto 3312/07: “En los procesos de selección se evaluarán tres tipos de Competencias:

* Competencias ético institucionales: Son valores que se manifiestan en comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en cada puesto de trabajo. Están referidos al respeto por los derechos humanos y las instituciones de la democracia, como así también a la búsqueda de la justicia y la promoción de la inclusión social en el diseño y ejecución de las políticas de Estado. El compromiso debe manifestarse, particularmente, en la institución estatal en la que se presta servicios, conociendo el Plan de Gobierno y/o el Plan estratégico o Institucional del organismo y reconociendo el rol indelegable del Estado en materia de integración social y promoción del desarrollo. Estas competencias son básicas y comunes a todos los grupos, sin perjuicio de otras específicas del mismo carácter que cada puesto demande.

* Competencias técnico profesionales: Son las competencias específicas y necesarias para el cumplimiento de las acciones correspondientes a un puesto de trabajo determinado. Comprenden: 1) Los conocimientos teóricos, metodológicos y técnicos adquiridos por formación profesional y/o la experiencia. 2) Las habilidades para la utilización de herramientas o instrumentos técnicos propios de una profesión, oficio o especialidad. 3) Las destrezas o entrenamientos físicos e intelectuales que permiten actuar con pericia, arte o ingenio, incluso en situaciones nuevas o no previstas.

* Competencias actitudinales: Son el conjunto de actitudes y estrategias que pone en juego un trabajador/ra para relacionarse con su entorno laboral y social. Incluye entre otras: capacidad para la integración de equipos; predisposición al cambio; proactividad, comunicación y propensión a la resolución constructiva de conflictos; capacidad de liderazgo y coordinación de tareas”.

IX. Derechos al empleo

El derecho al empleo es aquel que permite reclamar a un individuo el acceso a un empleo público en forma previa a la constitución del vínculo.

El grado de expectativa puede tener diferentes niveles, podemos distinguir el del mero habitante, ciudadano o residente (según el caso), inscripto, postulante, concursante seleccionado, concursante o postulante propuesto, hasta arribar a quien ha sido designado.

El derecho al empleo legitima tanto a quien quiere acceder al proceso de selección, como a quienes, participando del mismo, exigen el cumplimiento de las reglas -que los rigen tanto a ellos como a sus oponentes-.

La posibilidad de ejercer estos derechos dependerá también del sistema de selección adoptado, siendo el concurso el que permite mayores posibilidades de identificación de los sucesivos afectados.

Si bien es discrecional la atribución de la Administración Pública para determinar sus necesidades de personal, así como la conformación de su planta a través de distintos niveles organizacionales -salvo en los casos en que determinados cargos sean previstos por la ley-, no lo es el mecanismo de selección conforme al plexo constitucional, supranacional, legal y, eventualmente reglamentario³⁸.

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", Abeledo Perrot-LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 98. El llamado a concurso supone el dictado de un acto reglamentario que debe ser respetado, con cita de fallo 315:2899 (voto del Dr. Barra).

CJSN, sentencia del 10 de diciembre de 1992 en causa M. 141. XXIII. "Martín, Estela Delia Correa de c/ Universidad Nacional de San Juan s/ contencioso administrativo." Fallos: T. 315: 2899 (Magistrados Votantes: Levene, Fayt, Belluscio, Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor. Voto en disidencia: Barra. Abstención: Cavagna Martínez, Boggiano. Considerando 12) del voto en disidencia del Dr. Barra: "Que el establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursales, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta, como lo sostienen las recurrentes. Por el contrario, se trata de normas

Dispuesta la necesidad de cobertura de un cargo, todo aquel que esté en condiciones de postularse puede hacer valer su derecho al empleo exigiendo el respeto del plexo normativo que lo garantiza.

Todo habitante tiene un derecho, no a obtener un cargo en particular, sino a exigir la cobertura de un cargo disponible por concurso, ello de acuerdo con el régimen que el Poder Legislativo debe regular en forma privativa por asignación constitucional.

La misma lógica cabe aplicar respecto de quien integrando ya la administración quiere crecer en la estructura organizacional frente a un cargo vacante, en este caso en su condición de agente, dispondrá de un derecho reconocido por la Constitución y por las diferentes leyes regulatorias de la relación de empleo público.

En este último caso no supone un derecho a detentar un cargo de mayor jerarquía, sino a postularse para el mismo, ya que dicho reconocimiento no implica desconocer la potestad de dirección que posee la Administración Pública respecto de su organización y planteles.

La idoneidad que se exige desde el ingreso en un pie de igualdad se mantiene como requisito organizacional para regular -y condicionar- otra de las garantías organizacionales de la estructura estatal, esto es la profesionalización de sus planteles y el incentivo a quienes lo integran a través de la posibilidad de tener una carrera que les permita crecer en la organización.

contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la administración como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata en definitiva, de garantizar los principios de publicidad –conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración-, competencia –pujar conforme a los mismos criterios de selección e igualdad –trato a todos los concursantes u oferentes sin discriminaciones ni preferencias subjetivas-, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanados de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional.”

El mecanismo que permite garantizar a todo habitante que quiera acceder a un cargo público en un pie de igualdad tratando de acreditar su idoneidad es, por antonomasia, el concurso³⁹.

X. Idoneidad y categorías diferenciadas

Cuando abordamos el principio de equidad en la contratación pública, hicimos referencia a la decisión estatal de aplicar en materia de empleo público políticas de inclusión social respecto de determinadas categorías que se encontrarían “a priori” en una supuesta desventaja para acceder a un puesto de trabajo.

Nuestra constitución nacional ha asumido el compromiso de llevar adelante acciones positivas para asegurar igualdad real de oportunidades y de trato para todos los habitantes, en general en el inciso 19⁴⁰ del artículo 75 y respecto de determinadas

³⁹ BUTELER, Alfonso, “Los medios de selección de empleados públicos”, “Revista de Derecho Público, 2012-1, Empleo Público I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2012 p. 133. Destaca como posición minoritaria la del Dr. Comadira, quien sostenía que la garantía de igualdad consagrada en el artículo 16 impone como regla constitucional la realización de concurso para los cargos de funcionarios no políticos.

Buteler observa que actualmente el artículo 16 no puede ser analizado en forma aislada, y considera relevante el contenido del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional al disponer la obligación al Congreso Nacional de legislar y disponer medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, lo que supone no ya, asegurar la igualdad formal, sino también substancial, para lo que el concurso tiene mucho que ver. Hace mención también a los instrumentos internacionales constitucionalizados por el artículo 75 inciso 22, en concreto el artículo 21 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25 inciso c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

COMADIRA, Julio, R., “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2da. ed., Bs. As., 2003, nota 1383, p. 543.

⁴⁰ Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso: ...: 19) Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de 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.

categorías en particular en el inciso 23⁴¹ del mismo artículo. En esta última norma se mencionan como grupos objeto de protección especial a niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, siendo que cada uno de estos grupos a su vez motivó la firma de diferentes convenios internacionales garantizando sus derechos.

La implementación de medidas tendientes a procurar el acceso a determinados derechos puede generar situaciones de discriminación inversa, lo que no necesariamente ocurre en todos los casos⁴², aunque si es un supuesto el de la adopción de cupos en la administración pública para determinados grupos en situación de vulnerabilidad⁴³.

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.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

⁴¹ Artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso: ... 23): Legislar y promover medidas de acción positiva 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 sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

⁴² GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”*, 4ta. Edición ampliada y actualizada, t. II., La Ley, Bs. As., 2008, p. 235.

⁴³ MEDINA, Graciela, “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: Una visión jurisprudencial”, LL 2016-F, 872. La autora define: “La expresión ‘grupos en situación de vulnerabilidad’ se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas”.

Así también en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (adoptadas en Brasilia en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo los días 4 a 6 de marzo de 2008) en la regla tercera se definió: “Se consideran

El establecimiento de cupos para categorías de personas desaventajadas, si bien es una excepción a la garantía absoluta de igualdad con base en la idoneidad, tiene por objetivo cumplir con otro escalón, cual es el de la igualdad real de oportunidades, tanto para quienes no se encuentren en condiciones psicofísicas o socioeconómicas semejantes, como para quienes, por prejuicios culturales, actualmente –en este caso hasta que exista una conciencia pública internalizada y generalizada- se encuentren en una situación de inferioridad - o de exclusión - para acceder a un puesto de trabajo.

Frente a cada grupo diferenciado hay que sopesar la razonabilidad y proporcionalidad entre el sacrificio del derecho de quienes no entran en la categoría frente a la necesidad de favorecer la igualdad de oportunidades de quienes sí están incluidos; asimismo dentro de este último grupo cabe verificar el respeto del principio de idoneidad⁴⁴

Aquí no está en juego la exigencia de idoneidad, ya que en cada categoría deberá respetarse tal imperativo estructural, sino que frente a cada grupo diferenciado corresponde sopesar la razonabilidad de la distinción para verificar el respeto de la garantía de igualdad.

En nuestro país se han adoptado políticas destinadas a brindar igualdad real de oportunidades a determinados grupos diferenciados.

Por un lado, a través de planes sociales de empleo destinados a la reinserción laboral, tal el caso, a nivel Nacional, del programa denominado “Hacemos Futuro”⁴⁵ cuyo objetivo es dotar a los beneficiarios de los planes de preparación educativa

en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Fuente página web: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037>.

⁴⁴ GELLI, María Angélica, “Constitución Nacional...”, op. cit. P. 236.

⁴⁵ Resolución n°96/2018 del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

y formación práctica para estar en mejores condiciones para acceder al mercado laboral⁴⁶.

Por el otro, el Estado prevé la cobertura de un porcentaje del plantel de su organización para determinadas categorías, tal el caso de las personas con capacidades especiales⁴⁷,

⁴⁶ Artículo 2° de la resolución 96/18 del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: “Créase el “PROGRAMA HACEMOS FUTURO” en la órbita de la SECRETARÍA DE ECONOMÍA SOCIAL cuyo objetivo es empoderar a las personas o poblaciones en riesgo o situación de vulnerabilidad social, promoviendo su progresiva autonomía económica a través de la terminalidad educativa y cursos y prácticas de formación integral que potencien sus posibilidades de inserción laboral e integración social”.

⁴⁷ Artículo 8 de la Ley 10592 de la Provincia de Buenos Aires (Texto según Ley 14968): “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro (4) por ciento de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación.

Resérvense, además, las vacantes que se generen en los cargos correspondientes a los agentes que hayan ingresado bajo el régimen de la presente Ley, o que posteriormente se hayan incorporado a esta norma, para ser ocupadas en su totalidad y exclusivamente por personas con discapacidad, de acuerdo a las condiciones de idoneidad previamente referidas. Dichas vacantes, no estarán sujetas a vulneración alguna en relación a su efectiva disponibilidad.

El porcentaje determinado en el primer párrafo será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo, y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los Entes enunciados en el párrafo precedente, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse”.

Artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta.

Garantiza un régimen de empleo público que asegura la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición.

liberados⁴⁸ o pertenecientes al colectivo LGTB⁴⁹. Así también

Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen.

El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo”.

Artículo 8 de la Ley 9325 de la Provincia de Santa Fe: “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado Provincial, están obligadas a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en proporción preferentemente no inferior al 4% de la totalidad de su personal. El Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Provincia fiscalizará lo dispuesto en el presente artículo”.

Artículo 1 de la Ley 1502/04 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular la incorporación, en una proporción no inferior al cinco (5) por ciento, de personas con necesidades especiales al Sector Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

⁴⁸ Artículo 178 de la Ley 12256 de la Provincia de Buenos Aires: “La legislación que establezca y regule la actividad laboral para el empleado público provincial, como así también la de los entes autárquicos y/o descentralizados, deberá prever la ocupación laboral de los liberados, mediante la reserva para tal fin de un tres (3) por ciento del total de los puestos de trabajo, en la forma que determine la reglamentación. Se invita a cada Municipalidad a adoptar similar criterio al establecido en el presente”.

Artículo 1 de la Ley 14301 de la Provincia de Buenos Aires: “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados y las empresas del Estado, con las salvedades que establezca la reglamentación, están obligados a ocupar a los liberados con domicilio o residencia en territorio provincial que hayan cumplido más de cinco (5) años de privación de libertad y reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y *de ingreso en los términos del artículo 3º inciso b) de la Ley 10.430 (T.O. por Decreto 1869/96)*, en una proporción no inferior al dos por ciento (2 %) de la totalidad de su personal; y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellos, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación.

Se dará prioridad de ingreso a aquellos liberados que hayan resultado sobreesidos o absueltos.

El porcentaje determinado en el primer párrafo será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los Entes enunciados en el primer párrafo, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse”.

Lo subrayado de encuentra observado por el Decreto de Promulgación nº 1322/11, de la Ley.

⁴⁹ Numerosas jurisdicciones locales han abordado la necesidad de acceso al trabajo de las personas relegadas por su identidad de género autopercibido, estableciendo cupos y, en algunos casos con políticas de promoción de empleo en el ámbito privado a través de beneficios económicos. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2012 se dictó la Ley 4573 que establece la “Política Pública para el reconocimiento y ejercicio pleno de la ciudadanía de las personas Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales e Intersexuales (LGTBI)”. En su artículo 5

inc c propone la incorporación de un porcentaje no inferior al 5% del colectivo trans al sector público, entendido éste como comprensivo de todos los organismos del Estado.

En la provincia de Buenos Aires, por Ley 14783 de 2015 -denominada “Ley Diana Sacayán” por ser una iniciativa de dicha líder travesti y activista por los derechos humanos -, el sector público provincial debe ocupar el 1% de los puestos de trabajo, concepto abarcativo del Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos (Artículo 2 de la norma).

La provincia de Chubut, conforme lo dispone la Ley N° I N°621 de 2018, destina el 0,5% de los cargos a ocupar del sector público provincial entendido este como el Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todos aquellos organismos empresariales donde la Provincia tenga participación mayoritaria en el capital (artículo 3 de la norma), por otro lado por el artículo 8 se invita a los municipios a adherir a la ley.

La Ley N° 5328 de 2018 de la provincia de Río Negro prevé ocupar el 1% de su personal en la administración pública provincial invitando a adherir tanto a los Municipios (artículo 13) como a los Poderes Legislativo y Judicial (artículo 14).

En la provincia de Chaco por Ley 2934-L en el año 2018 se sanciona el régimen de “Promoción de la inserción y la participación en la vida social, económica, política y cultural de personas travestis, transexuales y transgénero”, allí no se estableció un cupo sino reglas para la cobertura de cargos en el sector público provincial, integrado por todos los organismos estatales contemplados en la Ley de Administración Financiera provincial, estableciendo en el artículo 4 una presunción a favor de la idoneidad de las personas trans, así también prevé el cumplimiento de la exigencia al realizar contrataciones con concesionarios o transferencias de cometidos al sector privado. Es de destacar el artículo 7 que otorga beneficios impositivos a particulares que contraten personas trans, ya que tendrán derecho en el primer año de la contratación, a una bonificación en el impuesto a los Ingresos Brutos equivalente al importe mensual abonado por el empleador en concepto de Contribuciones al Sistema de Jubilaciones y de Obra Social por cada persona contratada, la cual será acumulativa, siempre que en total no supere el diez por ciento, del anticipo mensual devengado en el Impuesto a los Ingresos Brutos.

Asimismo, independientemente de la existencia de un marco legal provincial, muchos municipios dictaron ordenanzas asignando un cupo al colectivo trans, tales como: Almirante Brown, Avellaneda, Lanús, Merlo, Morón, Quilmes, San Miguel, Tres de Febrero, San Isidro, Chivilcoy, Azul, Ramallo y Mar del Plata adhiriendo al cupo de la Ley de la provincia de Buenos Aires – sin perjuicio que, por el artículo 2 de la Ley 14783 las comunas están obligadas a cumplirla-, a las que se suman Pilar y Florencio Varela con normas específicas que instituyen el cupo.

En el resto de las provincias los siguientes municipios han previsto cupos: Santo Tomé, Capitán Bermúdez, Chañar Ladeado, Rosario, San José del Rincón, Gálvez, San Justo, Venado Tuerto y Ciudad de Santa Fe (Santa Fe) San Pedro (Jujuy); Fray Mamerto Esquiú (Catamarca); Resistencia (Chaco, antes de la ley provincial); Bell Ville. (Córdoba); Orán y Salta (Salta); Santa Rosa (La Pampa); Cinco Saltos, Bariloche, San Antonio Oeste, Cipolletti, Luis Beltrán, Río Colorado, Viedma (Río Negro, antes de la ley provincial); Las Heras y Luján de Cuyo (Mendoza); Villa Mercedes (San Luis); Tafí del Valle (Tucumán); Río Grande (Tierra del Fuego)

se ha propuesto el reconocimiento de un cupo general para aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad⁵⁰.

Considero que el mayor condicionante para acceder a un empleo es la indigencia, en general acentuado por la falta de capacitación, tal situación constituye un agravante para cualquier grupo desaventajado, ya que, no es lo mismo que cualquiera de las personas que se encuentren en un grupo calificado como desaventajado -a su vez- sea pobre; tampoco son iguales las posibilidades de cualquier hombre pobre respecto de quien no lo es.

Asimismo, dentro de cada cupo previsto, el criterio de selección debe ser el de la idoneidad en sus diferentes facetas; éste es un requisito esencial que permite elegir con parámetros racionales, limitando la discrecionalidad y asegurando un desempeño laboral potencialmente apto.

XI. Respuesta jurisprudencial al reclamo de ingreso a la administración pública

1) Sentencias garantizando la exigencia de concurso como requisito de regularidad de los actos o declarando la inconstitucionalidad de normas que eluden el concurso

a) Inconstitucionalidad de normas que prevén mecanismos de selección sin considerar la idoneidad. Ingreso hereditario

- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (Reg.: A y S t 204 p 254-267), en sentencia del 29 de diciembre

La ciudad de Rosario ha dado cumplimiento al régimen adoptado por la Ordenanza 9543 de Inclusión a la planta administrativa de trabajadores municipales de personas travestis, transexuales y transgénero; dicha norma fue reglamentada por decreto municipal 83 del 13 de enero de 2017. Así también ha desarrollado políticas de inclusión laboral en el sector privado a través de convenios con empresas, por los que se brinda trabajo a personas pertenecientes a grupos priorizados, entre ellos del colectivo trans.

⁵⁰ Expediente 2875/15 Senado De La Nación Proyecto De Ley Negre de Alonso y Rodriguez Saa.: Proyecto de Ley de cupo laboral para colectivos vulnerables y creación del Consejo Federal de Inclusión por el Trabajo. El expediente fue enviado al archivo el 15.3.2017. (fuente página web: www.senado.gov.ar).

de 2004 en los autos caratulados “KEAODEELERT, Petchsarmorn Phommachan de contra MUNICIPALIDAD DE CORONDA sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN” (Expte. C.S.J. nro. 193 del año 1995).

- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Reg.: A y S t 207 p 334-340, sentencia del 8 de junio de 2005 en los autos caratulados “NAVARRETE, Filomena Susana contra COMUNA DE BERNABÉ MOLINA sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN” (Expte. C.S.J. n° 673, año 1995).

- Cámara de lo Contencioso Administrativo n°1 de Santa Fe (A y S, tomo 37, pág. 197/205), sentencia del 18 de febrero de 2014 en la causa CCA 1 n°284 año 2009 caratulada “SANTILLÁN, Paola Maricel contra MUNICIPALIDAD DE SAN JAVIER sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”.

En todos los casos, ante la pretensión de quien solicita ingresar a la administración comunal por su condición de familiar de un ex agente fallecido, invocando el derecho que le reconocería el artículo 130 de la Ley 9286, declara la inconstitucionalidad de esta norma por ser violatoria del requisito consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

b) Legitimación a agentes para cuestionar la regularidad de cobertura de cargos sin concurso

Cámara de lo Contencioso Administrativo n°1 de Santa Fe, Sentencia del 6 de noviembre de 2008 en autos caratulados “DI MARTINO, Fernando A.; DI SANTE, Rubén R.; ABALLEYRA, José A.; GARCILAZO, Raúl F. y AGUILAR, Víctor H. contra PROVINCIA DE SANTA FE sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte. C.C.A.1 n° 81, año 2005).

Se hace lugar al recurso interpuesto por agentes que impugnan el decreto de designación de otros agentes por no cumplirse con el requisito de concurso previo en la cobertura de ascensos al aprobar una nueva estructura orgánico funcional.

c) Reconocimiento de legitimación a personas que no integran la planta de la administración para exigir la regularidad del procedimiento de ingreso a la misma

Cámara de lo Contencioso Administrativo n°1 de Santa Fe, Reg.: A. y S. T. 6, pág. 258. Sentencia del 20 de octubre de 2006 en causa CCA 1 n° 389 del año 2006 caratulada “TIRONI, Laura Noemí y otros contra PROVINCIA DE SANTA FE sobre MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA”.

En el caso, si bien se rechaza la medida cautelar solicitada por beneficiarios de planes jefes y jefas de hogar para suspender la ejecución de un acto de designación de agentes, en el voto del Dr. Lisa, se reconoce legitimación a los actores en un proceso de mayor debate y prueba, estableciendo que, cualquiera sea la naturaleza jurídica de la relación en virtud de la cual los peticionarios prestarían servicios en la Provincia, dicha sola prestación resulta en principio idónea a los fines de la invocación de un interés legítimo al ingreso a la planta permanente; es decir, diferenciado del simple interés de los restantes miembros de la comunidad.

d) Sentencias reconociendo a la idoneidad como un piso que no exige necesariamente la selección del postulante más idóneo

CSJN, sentencia del 9 de noviembre de 2017 en causa FSA 2445/2016/CS1-Cal caratulada “Galíndez, Nicolás Emanuel el Ministerio Público Fiscal de la Nación si amparo ley 16.986. Fallos: 340:1581

El Máximo Tribunal interpreta que la exigencia de idoneidad para cubrir los cargos públicos debe interpretarse como un umbral mínimo que debe superarse, lo cual no impide que la reglamentación establezca criterios de selección más exigentes.

Se señala que de dicha norma no se sigue que deba preferirse, entre varios candidatos, a aquel que demuestre tener la mayor capacidad intelectual o técnica. Ello es así, porque no ha consagrado el derecho exclusivo del más capacitado de

los aspirantes, sino, simplemente, el derecho de todos los que reúnan las exigencias mínimas de idoneidad que se hubieran previsto. Todos estos son, en palabras de la Constitución, “admisibles en los empleos”.

2) Sentencias que examinan la estabilidad de trabajadores que ingresaron irregularmente a la administración

a) Reconocimiento de estabilidad a personal que pasa de planta temporaria a permanente sin concurso

CSJN - Fallos 338:212, sentencia del 25 de marzo de 2015 en causa CSJ 35/2013 (49-K)/CS1 “Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa”.

La Corte no revocó el acto de designación de personal transitorio como permanente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Por un lado, sostuvo que la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal.

Por otro, expresa que la ordenanza cuestionada tuvo la intención de cumplir con la manda constitucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional teniendo en cuenta que, según el criterio adoptado por esta Corte en Fallos: 333: 311 (“Ramos”), la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una legítima expectativa de permanencia laboral.

b) Revocación del acto de designación como personal permanente al personal de planta temporaria sin concurso exigido expresamente

CSJN, sentencia del 14 de noviembre de 2017 en causa CSJ 275/2015/RH1 caratulada “Aladín, Gerardo Ornar el Municipalidad .de la Ciudad de San Francisco si acción contencioso administrativa”.

El Máximo Tribunal considera como un vicio grave la no realización del concurso cuando ello sea un requisito contemplado expresamente en la Constitución provincial y en el régimen de empleo público municipal aplicable.

c) Reconocimiento de incorporación a la planta permanente a personal incluido en programas especiales previos

Superior Tribunal de Justicia de Chaco en causa n° 2171/16-SCA/16 caratulada “Montiel, Roxana Noemí vs. Gobierno de la Provincia de Chaco s. Acción de amparo”.

A través de una acción de amparo la actora requirió su incorporación a planta permanente por parte de la Provincia en cumplimiento de los requerimientos dispuestos por Ley 6655 de Chaco y, si bien la denegación de tal beneficio se funda en la posición que alcanzó en el orden de mérito del concurso de antecedentes y oposición, ya que quedó número 23, cuando las vacantes a cubrir eran 19, la Corte determinó que no es justificativo la ausencia de vacantes, ya que el art. 9 de la norma establece en modo imperativo que, en caso de ser necesario, el Estado creará los cargos, para cumplir con los objetivos de la ley.

3) Reconocimiento de legitimación para exigir el concurso y mantener el cargo ante una designación irregular ante la falta de cobertura de cargos

- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Resolución del 5 de julio de 2005 en causa n° 3827/05 caratulada “Corne, Roberto Miguel c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.

El Máximo Tribunal declaró mal concedido el recurso y mantiene la sentencia que ordenara al Gobierno a que reincorpore al actor como empleado interino hasta tanto sustancie el concurso público para cubrir el cargo.

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, sentencia del 26 de mayo de 2011

en causa n° 24871 caratulada “Cecotti, Alicia María c /GCBA s/ Acción meramente declarativa”.

Se reconoce el derecho de permanecer como personal de planta temporaria hasta que se realice el concurso pertinente en un plazo razonable a criterio de la administración.

4) Derecho a exigir un concurso

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás sentencia del 2 de julio de 2010 en causa 808/2009 caratulada “Aires, Walter Darío c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ Pretensión Anulatoria”.

Reconoce el derecho a exigir la realización de un concurso para cubrir un cargo vacante ante la falta de convocatoria de la Administración pública.

5) Reconocimiento de legitimación para exigir el ingreso a los cuadros de la administración

a) Reconocimiento de legitimación a las personas con necesidades especiales

- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia del 14 de septiembre de 2005 en causa n° 3771/05 caratulada “Tobías Córdova, Álvaro Juan María s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Tobías Córdova, Álvaro Juan María c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”.

Rechazó la queja y confirma la sentencia recurrida por la que se ordenaba a la Administración – en el área de informática- a que se tenga en cuenta en la selección del personal al actor, circunscribiéndose a aquellos organismos en que no se haya cumplimentado el cupo dispuesto en el art. 43 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resolución del 29 de noviembre de 2010 en causa n° 7571/10 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Abdala, Jorge c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”.

Rechaza -por mayoría- la queja y, como consecuencia, mantiene la sentencia de la Sala II de la CCAyT que había ordenado reincorporar a la planta transitoria a una persona con capacidades especiales hasta tanto se realicen los concursos públicos y abiertos.

- Sentencia del 5 de abril de 2006 en la causa B. 62.599, “R., L. N. contra Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa”

Por mayoría se hace lugar a la demanda reconociendo el derecho de la actora como aspirante a la cobertura del cupo fijado por el art. 8 de la ley 10.592, y condenando a la demandada a que, teniendo en cuenta los restantes requisitos fijados por dicha normativa y en cuanto sean compatibles con las premisas señaladas por la ley 10.430, dicte un nuevo acto.

- Sentencia del (A y S, tomo 34, pág. 208/222) 26 días de agosto del 2013 en causa C.C.A.1 n° 316, año 2007 caratulada “Duarte, María Eugenia contra Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo”.

Reconoce el derecho de la actora al ingreso a la Administración de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 y siguientes de la ley 9325; y ordena a que en el término de 60 días la Administración proceda a la incorporación de la recurrente -vía contratación- en un puesto acorde con sus capacidades y limitaciones personales, previa evaluación de su idoneidad, en cualquiera de los organismos dependientes del Estado provincial, hasta tanto se convoquen a concursos públicos de ingreso en las condiciones a que refiere la ley 9325.

2) Reconocimiento de legitimación amplia para exigir el cumplimiento de las normas que garantizan el cupo de cobertura de cargos para las personas con necesidades especiales

- TSJ CABA, Sent. del 4/11/2009 en causa n° 6603/09 caratulada “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA).

En el caso se reconoció legitimación activa a quien no era afectado directamente para reclamar la cobertura del cupo para

discapacitados en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin embargo hizo lugar al recurso de queja presentado por la demandada revocando la decisión de la Cámara de exigir a que en el plazo de sesenta días se tomen las medidas concretas y efectivas para cubrir dicho cupo, informando las mismas como también las medidas que debía implementar hacia futuro para cumplir con el mismo fin.

Remitió nuevamente la causa a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento en el que se debe precisar las obligaciones concretas del demandado luego del cruzamiento de información para determinar las vacantes disponibles y los postulantes inscriptos lo que permitiría definir el eventual universo de beneficiarios y permitir la eventual ejecución de sentencia, limitando la actuación en esta etapa al actor en la causa por su condición de no afectado directo.

- Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, resolución del 14 de abril de 2011 en causa n° 22076-0 caratulada “Barila, Santiago c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)”

Ante su nueva intervención, la Cámara ordenó al Gobierno de la CABA a sustanciar, dentro de los sesenta días de la firmeza de la decisión judicial, los concursos entre las personas inscriptas en el Registro Único Laboral para Aspirantes con Discapacidad a Empleo Público de COPIDIS (Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad), observando el requisito de idoneidad; así también que las futuras contrataciones lo haga con personas inscriptas en el registro, entre otras cuestiones.

XII. Conclusión

La articulación de la garantía de igualdad y el derecho a acceder por idoneidad⁵¹ a un cargo público consagrados

⁵¹ En sus diferentes facetas: Psicofísica, funcional, técnica y moral (tanto negativa como positiva).

en el artículo 16 de la Constitución Nacional -respecto de la totalidad de los habitantes de la república- supone, no solo el reconocimiento de un derecho exigible para cada uno de ellos, sino la consagración de un deber de tipo estructural para el Estado, que se encuentra en las bases del sistema de gobierno definido en nuestra Carta fundamental.

En nuestro país el sistema republicano exige que el gobierno del pueblo, como mínimo en los cuadros organizacionales de los tres poderes del Estado, se cubra mediante mecanismos de selección que les abra las puertas a todos sus habitantes en un pie de igualdad y con la exigencia ineludible de elegir sobre la base de su idoneidad⁵².

Otra es la discusión respecto de la normalización laboral de los cientos de miles de cargos asignados irregularmente (ya sea con o sin estabilidad) y las distintas soluciones jurídicas, sociales o políticas que se adopten hacia el pasado; pero, hacia adelante, y como política de estado -independientemente de la orientación política que la dinámica de la periodicidad democrática impone-, debe exigirse el respeto absoluto a esta exigencia Constitucional prevista hace más de ciento sesenta años como una decisión basamental para la construcción, desarrollo y crecimiento de nuestro país.

⁵² ZINGARETTI, Gisela, "La idoneidad en la función pública con especial referencia al empleo público", Revista de Derecho Público, 2012-2, Empleo Público II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2012, p. 167. Observa que el artículo 16 de la Constitución Nacional recepta el pensamiento de Montesquieu relativo a la "virtud republicana" mediante la conjugación política de los principios de igualdad y aptitud.

El totalitarismo financiero en el Siglo XXI como fase superior del neocolonialismo (I) (medios, discursos, muertes institucionales y otras manifestaciones en la Argentina actual)

Human Criminal Law and financial totalitarianism in the 21st century

Direito Penal Humano e totalitarismo financeiro no Século XXI

Le droit pénal humain et le totalitarisme financier au XXIe siècle

人类刑法与21世纪的金融极权主义

Fernando M. Aмоса¹ | Universidad Católica de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 246-296

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e307>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

Recibido: 13/08/2019

Aprobado: 01/09/2019

Resumen: El modelo punitivo desbocado ha vuelto en una nueva fase del poder planetario identificada recientemente por Raúl Eugenio Zaffaroni como Totalitarismo Financiero. Esta forma de poder representa premisas antropológicas regresivas y la delegación de la ejecución de sus funciones ordenadoras a las fuerzas de seguridad y policiales, dando lugar a una peligrosa coerción administrativa o directa cuyo en cuyo germen descansan peligrosos discursos racistas y de segregación, todos incompatibles con el Estado Social y Democrático de Derecho, a fin de garantizar un modelo de sociedad totalizante. El poder de policía en su

¹ Abogado (UCALP). Contacto: Fernando.amosa@gmail.com

más primitiva forma, se hace cargo subsidiariamente de los conflictos no neutralizables por el falso ídolo del poder punitivo, produciéndose muertes institucionales, mencionándose en este trabajo – en gran parte por memoria, y no sólo como casuística funcional- a Santiago Maldonado y Rafael Nahuel. La Argentina experimenta nuevamente un ensayo de una forma planetaria de poder que acecha a los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

Palabras claves: Derecho Penal, Criminología Crítica, Totalitarismo Financiero, Estado de Policía, Derechos Humanos, Coerción Directa Administrativa.

Abstract: The uncontrolled punitive model has returned to a new phase of planetary power recently identified by Raúl Eugenio Zaffaroni as Financial Totalitarianism. This form of power represents regressive anthropological premises and the delegation of the execution of their ordering functions to the security and police forces, giving rise to a dangerous administrative or direct coercion where dangerous racist and segregation discourses rest, all incompatible with the State Social and Democratic Law, in order to guarantee a totalizing society model. The police power in its most primitive form, takes over subsidiaries of non-neutralizable conflicts by the false idol of punitive power, resulting in institutional deaths, mentioned in this work - largely by memory, and not only as functional casuistry - to Santiago Maldonado and Rafael Nahuel. Argentina experiences again a trial of a planetary form of power that stalks the Social and Democratic States of Law

Keywords: Criminal Law, Critical Criminology, Financial Totalitarianism, Police State, Human Rights.

Resumo: O modelo punitivo excessivo retornou em uma nova fase de poder planetário recentemente identificada por Raúl Eugenio Zaffaroni como Totalitarismo Financeiro. Esta forma de poder representa premissas antropológicas regressivas e a delegação da execução de suas funções de ordenação às forças de segurança e policiais, dando origem a uma perigosa coerção administrativa ou direta em cujo germe descansam perigosos discursos de racismo e segregação, todos incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito, a fim de garantir um modelo de sociedade totalizante. O poder policial na sua forma mais primitiva, assume subsidiariamente os conflitos não neutralizáveis pelo falso ídolo

do poder punitivo, ocorrendo mortes institucionais, mencionado neste trabalho - em grande parte por memória, e não só como casuística funcional - a Santiago Maldonado e Rafael Nahuel. A Argentina experimenta novamente um ensaio de uma forma planetária de poder que persegue os Estados Sociais e Democráticos de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal, Criminologia Crítica, Totalitarismo Financeiro, Estado Policial, Direitos Humanos, Coerção Direta Administrativa.

Résumé: Le modèle punitif effréné correspond à une nouvelle phase du pouvoir planétaire récemment identifiée par Raúl Eugenio Zaffaroni comme un Totalitarisme Financier. Cette forme de pouvoir représente des prémisses anthropologiques régressives et la délégation de l'exécution de ses fonctions régulatrices aux forces de sécurité et de police, donnant lieu à une dangereuse coercition administrative ou directe, où somment de dangereux discours racistes et ségrégationnistes incompatibles avec un Etat de droit social et démocratique, afin de garantir un modèle de société totalitaire. Le pouvoir policier, dans sa forme la plus primitive, se charge subsidiairement de conflits non neutralisables par la fausse idole du pouvoir punitif, entraînant des morts institutionnels, mentionnés dans cet ouvrage – en grande partie pour la mémoire, et pas seulement en tant que casuistique fonctionnelle - Santiago Maldonado et Rafael Nahuel. L'Argentine fait encore une fois l'expérience d'une forme de pouvoir planétaire qui traque les États de droit sociaux et démocratiques.

Mot-clés: Droit pénal, criminologie critique, totalitarisme financier, État policier, droits de l'homme, coercition administrative directe.

摘要:失控的惩罚模式已经回归到最近由劳尔·欧金尼奥·扎法罗尼 (Raúl Eugenio Zaffaroni) 确定为金融极权主义的新阶段。这种形式的权力代表着倒退的人类学前提,并将其命令功能的执行权下放给安全部队和警察部队,导致危险的行政或直接胁迫,其危险的种族主义和种族隔离的言论得以休息,这一切都与社会和民主法治国家,以保证社会全面化的模式。警察权力以其最原始的形式,通过惩罚权力的虚假偶像接管不可中和的冲突的子公司,导致机构死亡,在这项工作中提到。主要是通过记忆,而不仅仅是作为功能性的诡计 - 到 Santiago Maldonado 和 Rafael Nahuel。阿根廷再次经历了对社会和民主法治国家的一种行星式权力的审判

关键字: 刑法,批判犯罪学,金融极权主义,警察国家,人权,行政直接胁迫。

I. Introducción. Algunos asuntos preliminares...

El presente trabajo tiene como objetivo exponer algunas notas que perfilan a un *particular fenómeno planetario* que experimenta el mundo – y con sus particularidades atravesamos en nuestro país-, cuya caracterización debemos del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni², primero en lo penal y después en la criminológico, en un contexto internacional de *totalitarismo financiero*, última personificación del fenómeno planetario del poder en sus

² Lola Aniyar de Castro (Caracas, 8 de mayo de 1937-Maracaibo, 7 de diciembre de 2015) al analizar la Criminología de los Derechos Humanos, puntualmente la Criminología y el Derecho Penal críticos en América Latina, comentó que Zaffaroni se encuentra por primera vez con la Criminología en 1965 cuando en México comienza sus estudios junto al profesor Alfonso Quiroz Cuarón – quien era ya considerado padre de la criminología Mexicana-. En los años setenta toda América Latina tenía como marco referencial al positivismo: la criminología latinoamericana se movía dentro del paradigma del reduccionismo biológico. No obstante ello, Quiroz Cuarón – dice Zaffaroni- nunca adecuó su conducta a los dictados políticos de los inspiradores ideológicos de ese paradigma ni fue fanático defensor de éste. Fue, justamente esta tensión, esta contradicción, entre Política y criminología la que le permitió transitar otros caminos en búsqueda de alguna respuesta (...) tanto el maestro como el alumno tuvieron la misma urgente necesidad de investigar el tema de los crímenes masivos, como el genocidio y de poner sus instrumentos intelectuales al servicio del combate contra ellos. La diferencia puede tal vez radicar en que, mientras su maestro quedó aprisionado en la visión de la “ciencia” propia de la época, el discípulo, en los años posteriores luchando desde la política, pudo desentrañar que la Criminología y la Política iban de la mano y que no se podía hacer una criminología que no fuera política”.

La criminóloga venezolana agregó que “El retorno de Zaffaroni a la dogmática no fue sin consecuencias. Zaffaroni se encaminó por la senda de una corriente realista, como es la de las estructuras lógico reales de Hans Welzel y, desde esa perspectiva, intentó luego – incluso en el Derecho Penal- establecer un puente entre la Criminología y el Derecho Penal. En tanto que en Alemania, después de la muerte de Hans Welzel, se retomó el cauce idealista o normativista (*con Roxin y Jakobs, especialmente*), Zaffaroni profundizó (y hasta radicalizó) el realismo de las estructuras lógico reales, que Welzel llevó a la teoría del delito, pero lo llevo a la teoría de la pena, dando así entrada a la Criminología sociológica y crítica. En otras palabras, no se trataban tan sólo de una discusión entre finalismo y causalismo en torno al concepto de acción, ni a su ubicación en la teoría del delito. Welzel propuso un realismo en la dogmática que revolucionó al Derecho Penal, aunque cayó en la trampa de la retribución al explicar la teoría de la pena. Zaffaroni, en cambio, extrajo todas las consecuencias de un realismo en la dogmática, que lo llevó a plantear una teoría negativa o agnóstica de la pena. “La Pena – dice- es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o retributiva ni es coacción administrativa directa. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos. Lola Aniyar de Castro – Rodrigo Codino. Manual de Criminología Sociopolítica. Ed. EDIAR 2013.

distintas etapas. En la actualidad el establishment ya no mantiene una relación horizontal con la política, sino que ejerce un dominio, ostentando una capacidad de desplazamiento geográfico del que carece la política. El poder financiero está logrando liberarse de toda coerción de la política local y también de la supranacional, dada la falta de fortaleza de los organismos internacionales³.

El capital productivo de posguerra permitía a los Estados de bienestar ejercer el poder de mediación entre las fuerzas de capital y del trabajo, pero hoy la realidad se encarga de mostrarnos que los Estados perdieron poder, ya que el capital financiero (corporaciones) – se encuentra libre de toda limitación después de la guerra fría- es anónimo, no se conocen sus dueños y a menudo sus fondos son pensiones, por lo que los ahorros de las clases medias pueden tranquilamente ser parte de ese capital. Estas masas anónimas son manejadas por burócratas o gerentes, cuya única función es garantizar su reproducción, careciendo de cualquier poder de negociación ya que pueden ser rápidamente desplazados y reemplazados por otro. La dinámica misma del aparato financiero hace que sus operadores acaten óptimamente sus mandatos de reproducción, y sus empleados jerarquizados van rompiendo con todo límite ético y legal, amparados por el servicio de un aparato transnacional de encubrimiento y reciclaje de beneficios ilícitos, que confunde el macro delito económico con la actividad lícita.

Ante el difícil contexto que nos toca vivir – y por decisión personal- asumo una toma de posición política en el presente trabajo, es fundamental dar curso a algunos primeros esfuerzos intelectuales orientados a comprender y ampliar el espectro de divulgación con respecto a un problema que se nos presenta – o nos disfrazan- tramposamente como una cuestión “*de campanario o municipal*”, y en verdad esconde el paso de un poder planetario que vuelve -en una fase superior- a amenazar

³ Derecho Penal Humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI. Raúl Eugenio Zaffaroni. Ed. Hammurabi (2018).

a nuestro Estado Social y Democrático de Derecho Latinoamericano y a nuestra *ciudadanía real*. Al respecto de la cuestión de campanario, en la “*Cuestión Criminal*”, Zaffaroni ha dicho:

“Es indispensable escuchar lo que se habla para no quedar soliloqueando como suele pasar en el mundo académico. Y en nuestro país y en otros por los que a veces me desplazo se habla de la cuestión criminal como un problema local. Las soluciones pasan por condenar a uno u otro personaje o institución, pero siempre hablando de un problema local, nacional, provincial, a veces casi municipal

Pocos se dan cuenta de que se trata de una cuestión mundial, en la que se está jugando el meollo más profundo de la forma futura de convivencia e incluso del destino mismo de la humanidad en los próximos años, que puede no estar exento de errores fatales e irreversibles.

Si nos quedamos en el plano del análisis local perdemos lo más profundo de la cuestión, porque miramos las piezas sin comprender las jugadas del tablero de un ajedrez macabro, en el que en definitiva se juega el destino de todos.

Cuando nos limitamos a esos juicios quedamos atrapados en Doña Rosa es claro que debe resolverse el problema de doña Rosa, pero la trampa del viejo manipulador de los festivos 90 consistía en encerrarnos en el problema de doña Rosa (...) No estamos ante fenómenos únicamente locales, nacionales o provinciales ni municipales, sino ante problemas que podemos sólo resolver en pare en esos niveles, pero que integran un entramado mundial. Insisto: si no comprendemos ese entramado siempre moveremos mal las piezas, perderemos partida tras partida y debemos hacer el mayor esfuerzo por impedirlo, porque en el fondo se juega una encrucijada civilizatoria, una opción de supervivencia, de tolerancia, de coexistencia humana”⁴.

Hay un juego de pulsiones: el Estado de derecho – o fundamental de derecho- debe ser el garante de la igualdad jurídica

⁴ “La Cuestión Criminal”. E. Raúl Zaffaroni e Ilustraciones de Miguel Rep. Ed. Planeta. 2011.

inherente al respeto a la dignidad de la persona. Pero en realidad no existen ni existieron Estados de derecho tan perfectos como ofrecen los modelos o tipos ideales, ya que todo Estado de derecho en su historicidad y realidad, “*es o fue un envase que encierra pigmeos mentales autoritarios, que constantemente tratan de romper la capsula jurídica que los contiene dando lugar a un permanente juego de pulsiones y contrapulsiones*”:

“Al Estado que pretende una sociedad incluyente, se opone el pigmeo interno jugado por un modelo de sociedad excluyente; frente al poder político que procura mayor igualdad, pulsiona el elitista que pretende una oligarquía; al modelo que desmonta la invención de enemigos y satanizados, se le contrapone el discriminador que los inventa; al que quiere repartir más máscaras de persona, lo resiste el privilegiado que las quiere retener sólo para un grupo de pigmeos; al que busca prevenir un genocidio, lo quiere neutralizar el psicópata asesino que busca practicarlo. Y, finalmente, al modelo de derecho penal humano que quiere contener el poder punitivo, se le opone el derecho penal inhumano, que busca expandirlo al infinito.

Nadie puede ser realmente aséptico y políticamente neutral en estas confrontaciones, porque entre las pulsiones que chocan, no queda espacio para la neutralidad. Quien dice serlo y realmente lo cree, es porque está atrapado en una racionalización que, en definitiva, es un grave mecanismo de huida seriamente neurótico (incluso con algunas alteraciones de la sensopercepción, que dificulta el acceso a la realidad”⁵.

Este poder planetario propone *una regresión al Estado de Policía y Gendarme*⁶ a modo de *dispositivo protectorio de la*

⁵ Derecho Penal Humano. La doctrina de los juristas y el poder en el Siglo XXI. Eugenio Raúl Zaffaroni. Ed. Hammurabi (2016).

⁶ “Para contener el avance del totalitarismo en acto que privilegiaba discursivamente el pan y subestimaba la libertad, se ensayó en la parte más desarrollada del planeta el modelo de Estado de Bienestar, funcionó como un amortiguador hasta que se implosionó el totalitarismo de la pretendida igualdad sin libertad y ahora, el real avance ilimitado del totalitarismo corporativo de los CEOs despliega por el mundo su propio modelo de Estado totalitario que,

concentración y transferencia de la renta, y nuevas formas de dominio en los Estados latinoamericanos a través de representantes locales (Ceocratas) de este orden planetario, quienes llegaron con un discurso “fácil”, “cool” o “anti-política”, amplificado por los medios hegemónicos de comunicación. Estamos ante un escenario obscuro con demasiada publicidad mediática de las corporaciones mundiales y su discurso único de represión indiscriminada hacia los sectores más vulnerables o descartables (cultura del descarte).

Comparto con Zaffaroni que *“Toda criminología es política. La criminalización de una conducta o de una persona siempre es un acto de poder y, por ende, un acto político, pues se concreta en actos de gobierno de la polis que responden a un poder y que se ejerce conforme a cierto marco ideológico. Cuando un ministro ordena a la policía reprimir una manifestación o prohíbe hacerlo, no hace otra cosa que ejercer un poder político, tomar una decisión política”*⁷.

Lo propio sucede con el derecho y su vida *“no tiene fin ni en sus logros ni en sus fracasos. Es un unfinished, siempre en lucha, dinámico y, sobre todo, partisano, jamás neutro. No es posible ser neutral ante la negación de la dignidad humana, y es necesario ser partisano para luchar por su avance en la historia”*⁸.

aunque sigue con su discurso de libertad sin pan, al igual que su contrario desaparecido, está dejando sin pan ni libertad al menos de las dos terceras partes de la humanidad.

Para consolidar el modelo de sociedad con un 30% incorporado y un 70% estructural y definitivamente excluido, renueva y refuerza en teoría la vieja idea de Estado Gendarme, cuya función se reduciría al cuidado de los límites de una supuesta selva en que cada cual trataría de alcanzar lo que pueda, pasando por sus semejantes, como si se tratase de una masa humana huyendo de un naufragio o de un incendio. El homo homini lupus, es una frase siniestra, que además es falsa, porque en la selva no rige esta ley pues de lo contrario ésta perdería su equilibrio ecológico y se destruiría y, en cuanto al lobo, parece que es el humano del lobo del lobo...”. Eugenio Raúl Zaffaroni ¿Estado Gendarme o Estado fraterno? Revista Derechos en Acción – Año 3, N°7. Otoño 2018.

⁷ Zaffaroni, E. Raúl, La Palabra de los Muertos Conferencias de Criminología Cautelar. p. 11. Ed. EDIAR, 2011.

⁸ “El derecho es lucha”, Raúl Eugenio Zaffaroni <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-308798-2016-09-07.html>

El derecho no es neutro, cualquier pretensión de ello en tiempos siempre fue peligrosa, más aún en estos tiempos, en el que debemos seguir siendo partisanos y construyendo un *proyecto de jurisprudencia que luche contra este nuevo complejo aparato funcional a la concentración de riqueza*, mortífero para los descartables – que eventualmente podemos ser la mayoría de los ciudadanos en la medida que su establecimiento va degradando en forma de aluvión a la ciudadanía-.

Este nuevo escenario nos desafía aún más con un *derecho penal del enemigo* que ha perdido su sentido específico porque *se ha extendido a todo tipo de legislación administrativa*, en donde se verifica más fácilmente la pérdida de las garantías. En la Argentina existe un Ministerio que tiene a su cargo la ejecución de una “doctrina” que primero provocó la muerte de Santiago Maldonado, y luego la de Rafael Nahuel, dos jóvenes que han sido ejecutados extrajudicialmente en democracia. Este poder se inclina por la coerción directa o administrativa, ejecutada por la policía y las fuerzas de seguridad, pero añadiéndole un discurso punitivo del “enemigo” convierte a cualquier manifestación o conflicto en un escenario potencialmente productor de algún cadáver.

En América Latina los medios de comunicación están concentrados en grandes monopolios que forman parte del capital financiero transnacional. No se exagera al pensar que los medios hegemónicos “*son parte*” de esta forma planetaria de poder que nos acecha, en principio por el tipo de intereses que representan, algo sencillamente verificable en su línea discursiva, y después por el volumen de su capital.

Las circunstancias dejan entrever un escenario en el que la ciudadanía resultó engañada y manipulada por los medios hegemónicos de comunicación, cuya intensiva labor facilitó el advenimiento del actual ciclo político, a través de una fuerte estigmatización de las políticas de redistribución del ingreso llevadas a cabo por los gobiernos populares – mal llamados populistas-, a los que mediante estigmas y operaciones – con unas cuantas causas judiciales de naturaleza política- asociaron con el “robo”, criminalizándose, la redistribución del ingreso en la población y la universalización de

los derechos. Proliferaron todo tipo de discursos discursos simplones, estigmatizantes por parte de los “comunistas del sentido” – al menos del sentido...no del provecho de encerrar a la gente en el sentido común-. En fin, una jefa de Estado, cuyo gobierno resultó caracterizado por una política económica orientada a la redistribución del ingreso entre la población, y garante del bienestar y la ciudadanía real de los argentinos – con todos los contratiempos que el entorno planetario que tenemos tiene- termina procesada por ser “jefa de una asociación ilícita”.

Pero antes de esto, los medios hegemónicos venían allanando el camino de la Ceocracia, aplicándole el reanimador a ciertos discursos necesarios para legitimarlos y apelaron a revivir otra falacia ya existente en nuestra sociedad- muy propia del sentido común...-: *“quien llega con mucho patrimonio (es rico) no necesita robar”*.

Este discurso mediático, es sumamente reprochable, y tenemos que ser contundentes en la ya asumida actitud de que el campo de batalla está en los medios. Los monopolios mediáticos de la región, como en general la comunicación, no se limitan a imponer un discurso único, sino que son creadores de realidad, como lo explicó formidablemente la sociología fenomenológica de Berger y Luckman hace más de medio siglo. No es casualidad que durante el kirchnerismo, los intentos de desmonopolización mediática también terminaron estigmatizados como una lesión o un “atentado” a la libertad de expresión, de prensa, etc.

El poder necesita de los medios para crear realidad, y para ello explotan y profundizan los peores prejuicios, apelando a la conocida técnica “Völkisch”. En función de ello reafirman este-reotipos racistas, sexistas, étnicos, clasistas, entre otros. El resultado es un fuerte debilitamiento del sentimiento de comunidad, y fomentan un verdadero fascismo mediático que estimula a la violencia so pretexto de combatirla, promueven la venganza, profundizan los prejuicios y crean chivos expiatorios mediante una cultura de la imagen televisiva. Lo que se advierte es que los medios monopólicos tienen una táctica de entreguerra perfeccionada por su capacidad tecnológica.

La creación de la realidad por parte de los medios es muy peligrosa en nuestra región, y también es fuente de muertes. El Estado no es quien pone las etiquetas mortíferas, ya le vienen puestas a los cuerpos por parte de los medios. Tampoco los jueces son muy libres en este esquema ya que resultan muchas veces víctimas de linchamientos mediáticos, en fin resultan víctimas del linchamiento penal que genera encierros de todos aquellos etiquetados por el discurso mediático, los de imágenes criminalizables (en caso de que estén vivos) o bien de eludir en sus sentencias la responsabilidad del Estado cuando se dan las muertes institucionales que se explicaran en el presente trabajo a través del caso “Santiago Maldonado” y “Rafael Nahuel”.

Esta propagación de discurso único tiene un sujeto clave que son las clases medias latinoamericanas, al sentirse amenazadas por la violencia – real o creada-, incorporan los estereotipos del “Völkisch”, mediante un “proceso de internalización de los valores del discriminador por parte del discriminado (soy negro pero no azul, soy gordo pero no obeso, soy gay pero no afeminado). Esta manipulación mediática racista lleva a nuestras clases medias a atribuir todos sus males a las subalternas, esas que están socialmente cerca por debajo, y el motivo es que su “pertenencia de clase” (dado los coletazos económicos que sufren nuestros países) es mucho más precaria que la de sus equivalentes centrales – dada la depreciación del dinero, los procesos inflacionarios, la inestabilidad laboral-, en muchos sectores la diferencia social no es del todo una realidad, sino que en buena medida responde más a un deseo por diferenciarse de los excluidos y en esos casos la única diferenciación posible es el adoptar discursos de otros segmentos sociales con centralidad económica, una especie de semejanza por reproducción verbal que no es más que personas negándose a sí mismas.

Cabe agregar que lo que nos parece irracional no debe resultarnos indiferente, porque el discurso mediático excita pulsiones y emociones que el hombre moderno ha desestimado. Y creo que dejarlo relegado a una cuestión más bien digna de un espacio terapéutico es un error. Creo que este discurso

hegemónico va de la mano con un “*apego patológico a la autoridad*”⁹ y “*amor al castigo*”¹⁰.

⁹ *Apego a la autoridad*: “Si en situaciones normales, por fuera de agravios extremos de autoridad punitiva, la población de un país no ofrece resistencia a las ilusiones sacrificiales de la autoridad como a la cultura profesional y mediática que la asiste ¿a qué debe su energía esta servidumbre subjetiva? El concepto de apego patológico al discurso de autoridad puede ser de gran utilidad para conocer la resistencia a la crítica y al cambio en la manera de relacionarnos con el conflicto. No hay representación ni idea que no esté ligada a un monto de afecto o emoción; este es uno de los grandes descubrimientos del psicoanálisis para los procesos mentales tanto inconscientes como conscientes y que en las últimas décadas a la teoría política le ha sido de utilidad para la crítica ideológica de los conceptos. Las razas no existen, son una construcción al igual que la idea de nación, pero contra viento y marea estas creencias forman parte de un sentido común por el que todavía los hombres viven y se matan. No es muy diferente la situación para la ilusión sacrificial. Parece que todo lo que el proyecto de la modernidad relegara a la periferia de la vida humana por irracional (la emoción, el afecto, la pasión) ha retornado al centro de la escena, y muy mal se haría en no contar con ello, porque – como se sabe ahora- no alcanza con acuerdos discursivos para ligar creencias y motivar acciones. La identificación con creencias punitivas provendría de un apego emocional, de lo que se conoce suficiente por las poderosas mociones vindicativas que se movilizan en la respuesta sacrificial. Por el momento, parece no haber camino más prometedor que este para la comprensión de la persistencia de la ilusión sacrificial. Las investigaciones sobre el pánico moral realizada en la década del setenta del siglo pasado no subestimaron la fibra emocional que sacuden las campañas estatales de pena y orden, en tanto lo que afecta a la población como a los agentes de criminalización, pero no salen de la crítica de la ideológica tradicional

Es cierto que las ilusiones punitivas son profecías que se cumplen: si los hombres definen las situaciones como reales aunque no lo sean las situaciones son reales”. La pena no salva a la sociedad de su aniquilamiento, pero basta con creerlo para levantar guillotinas y campos de concentración. Éste ha sido siempre el problema de la servidumbre subjetiva. No alcanza la denuncia de la autoridad política, académica o del monopolio mediático cuando apelan al miedo o al terror para justificar castigo. En el fundamento jurídico – político del mito moderno de la inexorabilidad del castigo para que la sociedad exista no faltan recursos emocionales para atemorizar con la amenaza de caos, guerra de todos y venganza homicida ilimitada. Pero este conocimiento deja sin responder por qué la población cae rápidamente en la trampa de la ilusión punitiva e incluso de ella obtiene un goce sustitutivo.”. Alejandro Alagia. *Hacer Sufrir. Imágenes del Hombre y de la Sociedad en el Derecho Penal*. Ed. EDIAR. 2013.

¹⁰ *Amor al castigo*: Para que la sociedad viva alguien tiene que padecer es el lema de la creencia sacrificial heredada de la sociedad salvaje masificada en la sociedad punitiva. De no existir alguna fuerza emocional ligada a aquella creencia, no podría seguirle tampoco un beneficio de la misma naturaleza que haga posible la persistencia de la solución punitiva en la vida humana. El psicoanálisis detectó una pulsión de muerte que trabaja muda en la vida anímica para la autodestrucción y la agresividad, de la que se logra una ganancia de placer y cuyo agente es el ideal de yo, herencia de una figura de autoridad siempre ambivalente,

II. El caso argentino

En el caso Argentino esta fase superior del neocolonialismo o colonialismo financiero transnacional-, encontró condiciones sociológicas proclives: un grupo de serviles CEOs, empresarios y otros ciudadanos adoradores de las ventajas de este fenómeno mundial, por un lado, y por el otro se supo que hay practicantes del “offshortismo”, una no ya tan novedosa forma de criminalidad económica, de la que poco se habla por los medios de comunicación, probablemente no sólo por quienes resultan ser la variable de impacto de la práctica (El Estado, los ciudadanos, y los sectores más vulnerables), sin descontar que de que quienes la practican provienen de los más altos sectores beneficiados por esta auténtica geografía del dinero secreto).

Pero lo cierto es que ni bien asciende Cambiemos al gobierno se conoció el escándalo de las *Sociedades off shore* por los “*Panamá Papers*”, en los que figura el Presidente de la Nación Argentina Mauricio Macri¹¹, algunos de sus familiares y

amada y hostil. Se vuelve sobre el goce sustitutivo que ofrece el trato punitivo porque allí puede encontrarse una razón de la aparente fatalidad de respuesta sacrificial en la vida social. No se trata de un goce cualquiera. Su particularidad está dada porque es un beneficio que ofrece la autoridad; no es material, sino subjetivo con efectos reales, como hace el ideal de yo (inconsciente) con la necesidad autopunitiva para encontrarle al yo un bienestar en el padecimiento (...) De cualquier modo, ese apego emocional con una instancia castigadora interna de la que se obtiene un goce, no podría dejar de influir en la vida del hombre sino como un poderoso entrenamiento para naturalizar ilusiones sustitutivas que parten de las figuras de autoridad del mundo exterior. Alejandro Alagia. Hacer Sufrir. Imágenes del Hombre y de la Sociedad en el Derecho Penal. Ed. EDIAR. 2013.

¹¹ De los Panamá Papers, surgió que el presidente de Argentina Mauricio Macri fue director en las sociedades: Fleg Trading Ltd, registrada en las islas Bahamas desde 1998 y con funcionamiento hasta 2009. En este contexto y aunque no forma parte de los documentos filtrados porque no se fundó con ayuda de Mosseck Fonseca, apareció una segunda empresa vinculada al presidente Macri, Kagemusha SA, integrada en mayo de 1981 y que todavía está activa según el Registro Público de Panamá (<http://www.perfil.com/politica/Mauricio-Macri-aparece-como-director-una-segunda-empresa-offshore-20160404-0029.html>)

El 7 de abril, el fiscal Federico Delgado decidió impulsar la imputación penal contra el presidente Mauricio Macri por presunta “omisión maliciosa” en su declaración jurada, a raíz de la denuncia realizada por el diputado del Frente para la Victoria Darío Martínez que se basa

allegados¹², entre otros dirigentes que comparten este espacio político¹³.

Las sociedades off shore, son personas jurídicas constituidas en guaridas fiscales, ubicadas – por lo general- en guaridas fiscales, por eso no hay que confundirlas simplemente con una “sociedad constituida y registrada en el exterior, que suelen ser vehículos para la actividad de empresas multinacionales. En las off shore los accionistas extranjeros brillan por su ausencia o son simples testaferros que viajan de ida y de vuelta para firmar algún documento. No hay allí inversiones genuinas que aporten

en los documentos filtrados. La causa quedó a cargo del juez Sebastián Casanello (<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-296502-2016-04-08.html>)

¹² Gianfranco Macri, hermano del presidente Mauricio Macri, poco después blanqueo 63.5 millones de dólares gracias a una ley que promovió el gobierno de su hermano, Mauricio Macri.

Mariano Macri, hermano del presidente argentino, sus cuentas fueron descubiertas cuando Alemania detectó movimientos sospechosos de presunto lavado o evasión en sus cuentas bancaria; la Fiscalía de Hamburgo reportó a Gianfranco y Mariano Macri, quienes aparecen vinculados a maniobras societarias y de dinero de las sociedades creadas en Panamá y Uruguay, en combinación con activos depositados en el banco UBS Deutschland. Estos hechos fueron denunciados por varios dirigentes políticos

El fallecido, Franco Macri, padre del presidente argentino, resultó investigado por el fiscal federal Federico Delgado por presunto lavado de dinero.

La oposición pidió investigar al titular del ejecutivo desde el Congreso y reclamó la renuncia de Laura Alonso, titular designada por el presidente en la Oficina Anticorrupción, quien habría defendido el uso de cuentas en paraísos fiscales por parte de Macri. Luego de realizar esta defensa, Alonso fue criticada por distintos dirigentes, afirmando que debería ser la primera en exigir transparencia por parte de los servidores públicos. La diputada Margarita Stolbizer denunció que la Oficina Anticorrupción «confunde sus competencias y se convierte en la oficina de defensa de funcionarios y sus secretos». En tanto la vicepresidenta argentina defendió al presidente implicado, autocalificándose como «talibán de la transparencia» (<https://www.radioformula.com.mx/noticias/mundo/20160404/defiende-vicepresidenta-a-macri-por-escandalo-de-papeles-de-panama/>).

¹³ Waldo Wolff (Diputado Nacional de Cambiemos, Daniel Ivoskus (diputado bonaerense de Cambiemos)

Gerónimo Venegas (fallecido ex dirigente sindical afín al macrismo), María Sol Ascónape, esposa del Secretario General de la Presidencia Fernando de Andreis), Claudio Avruj (Secretario de Derechos Humanos de la Nación). Se suma a la lista negra, el actual Intendente de Lanús y ex ministro de Hacienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el Gobierno de Macri, el Contador Héctor Grindetti.

al crecimiento del país y si, en cambio una metodología incorporada como práctica común por los ciudadanos argentinos de privilegiada situación económica que tienden el velo de una sociedad off shore para ocultar su identidad. Sería ingenuo no asociar esas conductas con la imposibilidad de sus autores de demostrar el origen de los fondos y el objetivo de eludir obligaciones con terceros, y en especial con el Fisco.

Se ignora cuantas propiedades, fincas, campos o estancias se encuentran a nombre de las sociedades off shore – aunque no son pocos-, no sólo en la Provincia de Buenos Aires, sino en el resto del país, en especial en la Patagonia¹⁴.

La composición y praxis de los principales miembros del gobierno de Cambiemos en la República Argentina, nos coloca ante personas que llevan a cabo operatorias típicas de los beneficiarios de la concentración de la renta, ello sumado a los datos del presente y al mal momento que atraviesa el país, me ahorra de palabras para decir a qué modelo de sociedad apuntan, asimismo de las garantías punitivas de dicho proyecto hegemónico representada por el discurso de la Ministra Patricia Bullrich.

La actualidad evidencia un fuerte sesgo punitivo que da apoyatura a un proyecto hegemónico de que se sostiene desde la violencia económica que atenta contra la ciudadanía real, mediante pulsiones regresivas en la redistribución del ingreso, con la consecuente transferencia de la renta a los sectores concentrados de la economía, con Ministros que colocan el ejercicio pleno de los derechos no como una actividad que debe garantizar el Estado, sino como un problema con “*costos de financiación*”, no como una realidad, sino como una especie de herencia con beneficio de inventario en la que el gobierno actual se excusa – permanentemente y desde un principio- de asumir las responsabilidades inherentes al principio de continuidad jurídica y constitucional del Estado.

¹⁴ Ricardo A. Nissen. “Las sociedades off shore en la República Argentina”. Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas (2019)

Otro dato preocupante – en contexto- de avance de un proyecto inhumano, se puede apreciar en los problemas de financiamiento de la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comunicada el 23 de Mayo de 2016¹⁵.

Para abonar preocupaciones en el año 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (con disidencia únicamente por parte del juez Carlos Maqueda) sostuvo que La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino. Una interpretación regresiva que tira por la borda importante jurisprudencia que hace a la internacionalización y control de convencionalidad de los Derechos Humanos¹⁶.

¹⁵ "...La Comisión ha realizado gestiones permanentes a lo largo de las últimas dos décadas ante los Estados miembros de la OEA para asegurar un presupuesto que permitiera trabajar de manera eficaz en el cumplimiento de su mandato. Como resultado de esas gestiones, la Asamblea General de la OEA ha aprobado varias resoluciones comprometiéndose a atender la situación, pero las mismas no se han visto reflejadas en un aumento significativo de recursos. Mientras que el Consejo de Europa destina el 41,5% de su presupuesto a la promoción y protección de los derechos humanos, la OEA destina el 6% de su presupuesto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace un enérgico llamado a los Estados Miembros de la OEA a asumir su responsabilidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La CIDH espera que la próxima Asamblea General de la OEA, a realizarse en junio, adopte una decisión histórica y trascendental, que refleje el compromiso de los Estados con la defensa de los derechos humanos en la región. Esto significa aumentar de forma radical el presupuesto del fondo regular de la OEA y asignar a la CIDH y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general los recursos necesarios para el cumplimiento del mandato asignado por los propios Estados. Es indispensable, imperativo y urgente que los Estados efectivamente adopten una solución sustentable a este grave y crónico problema y demuestren su compromiso con el respeto y garantía a los derechos humanos con hechos y no sólo palabras.

La CIDH expresa su firme compromiso en seguir trabajando en cumplimiento de sus funciones, inspirada por el ideal expresado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que "sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"(<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/069.asp>). Puede verse también en *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia*: <https://acij.org.ar/crisis-financiera-de-la-cidh-donde-estanos-recursos-para-financiar-los-derechos/>

¹⁶ <https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

Con todo, es evidente que poder mundial coloca a los Estados y a los políticos en una situación de debilidad, muchos dirigentes se entregan absolutamente o ya vienen con unas cuantas instrucciones, algo absolutamente verificable en el caso argentino desde 2016, los efectos son: sociedades desiguales, un despliegue inédito de las agencias represivas del Estado, la policización y auto ocupación policial del territorio por parte del Estado argentino, para disuadir a la protesta “*no naturalizable*” por parte de este poder, porque no toda protesta o manifestación lo perturba y, creo que es justo hacer mención a los casos de Santiago Maldonado y Rafael Nahuel como casos paradigmas que abrieron nuevamente el problema la letalidad policial del Estado en el gobierno de Cambiemos y los discursos mortíferos que dan apoyatura a la *necropolítica* en Argentina, en estas perversas ejecuciones extrajudiciales que la juridicidad y la constitucionalidad ni siquiera admitirían como pena –por tratarse de muertes, ejecuciones letales extrajudiciales–.

Con todo, desarrollaré algunos puntos que intentan describir algunos asuntos que hacen a la esencia de las problemáticas introductorias, al menos para quienes pretendemos comprenderlas desde el margen latinoamericano y en la particular posición que tenemos como continente proclive a los embates colonialistas, neocolonialistas y a las distintas fases de un poder planetario que retornó desbocado.

1. Breve genealogía del colonialismo en nuestro margen. El poder mundial Genealogía de una fase superior del Colonialismo. Del discurso Spenceriano a la Tipología Ceocrática

El colonialismo es un fenómeno de *poder planetario* que lleva siglos de sistematización y dinámica. Cualquier intento de ver las cuestiones que nos aquejan como estrictamente locales es un error en el que a estas alturas no deberíamos incurrir¹⁷.

¹⁷ “La equivocada creencia de que nuestros problemas son sólo de campanario (lo que podríamos llamar municipalización del poder), conspira contra la urgente necesidad de un

¿Cómo se instaló la primigenia versión de este poder en nuestra región? Poder discursos y prácticas

Desde el siglo XV, los europeos practicaron una ocupación territorial¹⁸ de nuestro continente con su población marginada, trayendo consigo además las muertes propias de la violencia de su irrupción en estas tierras, otro tanto de letalidad resultará de las infecciones y pestes que causaron la muerte de los habitantes originarios. Por supuesto, que los sobrevivientes fueron sometidos a la servidumbre (recordemos institutos como la mita y el yanaconazgo). Dado el faltante, y a fin de continuar practicando la explotación humana necesaria para emprender en estas tierras, deciden cubrir la falta de mano de obra a través del desplazamiento de esclavos africanos, aunque también utilizaron algunos asiáticos esclavizados en el Pacífico¹⁹.

Una genealogía de las fases del poder planetario nos muestra que “*El colonialismo nos niega*” dice Zaffaroni y tiene razón, al punto de que no faltaron personas que han afirmado que “*Latinoamerica no existe porque no tenemos nada en común entre los latinoamericanos*”. Es la afirmación más radical del colonialismo: negarnos, afirmar que no somos nada. La expresión “América Latina” (impuesta por los anhelos imperiales de Napoleón III) es criticada por algunos por racista, porque deja a fuera a los negros, a los habitantes originarios de estas

replanteo correcto que sólo puede ser regional y en el contexto mundial (Raúl Eugenio Zaffaroni “El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo”. *Ediciones Madres Plaza de Mayo*, 2015)

¹⁸ Raúl Eugenio Zaffaroni “El Derecho Latinoamericano en la fase superior del colonialismo”. *Ediciones Madres Plaza de Mayo*, 2015.

¹⁹ Comenta Zaffaroni que los europeos se apoderaron del mundo a partir del siglo XV. Las pestes les habían dotado de anticuerpos de los que carecían nuestros originarios y sus microbios infectaron y mataron a la mayor parte de la población local que – a diferencia de los africanos-, también carecían de microbios capaces de infectar a los colonizadores. Fue sólo a partir del Congreso de Berlín de 1885 (Convocado por Bismarck), que las potencias neocoloniales se la repartieron arbitrariamente, ocupándola en forma parecida al colonialismo originario de nuestra región, aunque sin traslados masivos de población blanca, salvo en Sudáfrica (Zaffaroni. *Derecho Penal Humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Ed. Hammurabi – 2017).

tierras, etc. Pero, se puede resignificar el término porque en definitiva – más allá de las palabras- lo que nos ocupa es el “objeto”, cualquiera sea la forma de llamarlo, es decir todxs lxs que habitamos- en estas latitudes, en este margen, quienes resultamos negados, el colonialismo es en esencia negacioncita: “Para el colonialismo y sus referentes locales, no pasamos de ser un conjunto de países nuevos con una multiplicidad de culturas que nunca pueden constituir una unidad y, además demasiado nuevos, en formación” (Zaffaroni, 2015).

Independientemente de la natural tendencia negacionista del colonialismo, *nos une la desgracia*: el colonialismo, además de la lengua en común que tenemos los latinoamericanos somos una realidad *unitaria y perfectamente reconocible que nos une y hace reconocibles a partir del conjunto de atrocidades que esta forma de poder planetario ha ejecutado en nuestras tierras*.

En el pensamiento de Hegel, encontramos un discurso negador de los “más refinados”. El filósofo alemán en “Filosofía de la Historia”, en la cual se refiere a un “espíritu” que avanza, aunque lo que podemos verificar de su paso es el descarte de culturas a medida de que se da su “progreso”, todo lo que queda en el camino y por fuera de él es “residuo”, abriéndose de esta manera paso a lo que hoy llamamos “*cultura del descarte*”, esto es aquella inculcada y practicada por el poder con respecto a los sectores marginados y desplazados por su soberbio tránsito.

A partir de “tener historia” o no “tenerla” se definía la incorporación al “Geist” (espíritu), una soberbia actitud que negaba la cultura y toda otra actividad del espíritu que no surgiera de Europa central. En este pensamiento los indios eran inferiores sin historia, los negros amorales, los árabes, mestizos y aculturales eran musulmanes fanáticos, decadentes y sensuales, los judíos estaban sumergidos en el pensamiento del servicio riguroso, los latinos nunca habían alcanzado el alto periodo germánico y los asiáticos estaban a penas más avanzados que los negros.

La tesis Hegeliana se sirvió de discursos antecedentes, que justificaron las diferencias naturales en una hipotética

geología inferior y la virginidad silvestre. En esta línea la propia ilustración con Buffon, de Paw y Raynal partieron de una supuesta inferioridad de las civilizaciones amerindias, para esta línea de pensamiento América es un país en el que los animales degeneraron bastante, cuya atmosfera contribuye a aumentar el volumen y la virulencia de los insectos venenosos, y cuyo suelo por fértil que sea solo alimenta los más dañosos reptiles.

Lo cierto es que no suele citarse a Hegel cuando se realizan prédicas racistas en América Latina, porque los agentes coloniales de por aquél entonces (“elites”), por sus propias limitaciones se vieron obligados a tomar, no a los refinados argumentos de Hegel, sino a los brutos y torpes escritos de Spencer (al que veremos en detalle a continuación) que cautivaron de inmediato a estos grupos.

Encontramos en este punto el ADN, o formas incipientes de los discursos que nos han negado. Otro tanto se puede agregar al discurso de “parche”, esto es con el que se sale cuando estas hipótesis fundadas en lo jóvenes o el tiempo, que tiemblan tiemblan frente a una circunstancia colateral o de arrastre del propio colonialismo y su Geist, que terminó generando en estas tierras un sincretismo que nos convirtió en algo como “un resultado del dinamismo sincrético de expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias”.

Entonces podemos decir qué somos a partir de esta sincrética afirmación, existe un “ser humano latinoamericano que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo (que le niega o retacea su dignidad de persona), en un territorio en que muchos millones de seres humanos interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas por el colonialismo en todo el planeta”.

Se pueden ensayar – con el relativismo de toda periodización²⁰– tres momentos de este poder en nuestro continente:

²⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni. *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo (2015)*. Ed. Madres de Plaza de Mayo.

Desde el fin de las guerras civiles y la consolidación de los estados hasta 1910 (repúblicas oligárquicas)

En las repúblicas oligárquicas que se establecieron cuando terminaron o amainaron las sangrientas guerras civiles posteriores a la independencia, se dieron constituciones liberales sobre la base del modelo norteamericano, que prácticamente era la única constitución que tenían a mano en ese momento. Aunque lejos de realizar el principio de soberanía popular, monopolizaron la producción primaria y constituyeron unas “elites” por imitación a Europa en sus hábitos, modas, costumbres, con un gran desprecio al resto de la población –reducida a condición servil-. Argentina no fue ajena a estos procesos, un claro ejemplo estuvo en la generación del 80, cuyo positivismo y armas ocasionaron un despliegue genocida inédito, consagrando la patria del alambrado. Más tarde estos grupos a partir del genocidio en el que se quedarían con “el desierto” – que no era tal- se organizarían como sociedad rural, una corporación que tuvo actitudes políticas adictas a los intereses extranjeros, al punto de apoyar las peores interrupciones de los gobiernos populares. Otros ejemplos son el Porfiriato mexicano, la oligarquía de la carne enfriada argentina, el Patriciado peruano, la República Velha brasileña.

Todo poder necesita un discurso, y estas oligarquías vernáculas no abandonarían el liberalismo discursivo, pero lo deformarían de una forma bastante particular. Adoptaron, no a Hegel y su Geist, ni otras voces que se les dificultó comprender – por su complejidad-, apelaron a las aberraciones de Herbert Spencer (1820-1903), quien esbozaba un evolucionismo caracterizado por un reduccionismo biológico, legitimante de la tutela de las minorías, porque postergaba la efectiva realización del liberalismo para el momento futuro en que el pueblo estuviese educado bajo la tutoría de la oligarquía local, encargada de mejorar biológicamente a una población racialmente inferior. Esta afirmación efectuada por Zaffaroni sobre Spencer, es bien intencionadamente criticada por Gabriel Ignacio

Anitua²¹, y que de asistir razón a este último, la conclusión nos llevaría a pensar a que nuestras “elites” tenían limitaciones de comprensión importantes aún con el “discurso simplón, fácil, etc”²²:

“El gran ideólogo del evolucionismo fue Herbert Spencer (1820 – 1903). Este autor hablaba de una evolución en las sociedades de un estadio primitivo hacia una mayor civilización, y por ello se denominó usualmente “darwinismo social” a este pensamiento que justificaba, debidamente manipulado, el dominio de los burgueses de Inglaterra en el orden interno y en el mundial. Es por ello que Zaffaroni le realiza muchos reproches – algunos quizás algo injustos- a quien fuera probablemente el fundador del método sociológico y con seguridad uno de los intelectuales más influyentes en el pensamiento progresista de su época. A él, antes que a Darwin, se debía la constante referencia a la “lucha por la vida” que tanto era usada para denunciar las condiciones de vida de su momento cuanto para justificar la lucha y también la imposición de los considerados “más aptos”.

Pero junto a ello Spencer sostenía que tanto el individuo – base de su sociología y convicción política- como la sociedad son sistemas interdependientes, que a su vez están integrados por subsistemas que corresponden a los aspectos internos y externos de un organismo. Entre ellos un subsistema industrial o de mantenimiento económico, y otro subsistema de mecanismos de gobierno y comunicaciones. La similitud y analogía con todo tipo de organismo deja en claro su concepción biologicista de la sociedad. Para Spencer, la sociedad era un organismo pues aumentaba su masa por reproducción y al hacerlo aumentaba su complejidad, con lo que aumentaría finalmente la diferenciación de sus funciones.

²¹ Historias de los Pensamientos criminológicos. Gabriel Ignacio Anitua. Ed. Del Puerto (2010 2º Reimpresión).

²² En este caso estaríamos ante lo que el Maestro Zaffaroni comenta que debemos ser cautelosos con las bibliotecas, ya que algunos libros pueden golpear nuestra cabeza y dejarnos mal.

Ello no estaba sin embargo en contra de su individualismo anarquizante, pues este organismo carecía de centro de percepción – o conciencia colectiva-, y por lo tanto el organismo social existía en función de sus miembros y no al revés, como en otro tipo de organicismos mucho más peligrosos de caer en totalitarismos.

Asimismo, este autor combinaba tales teorías con un reclamo de reducción del Estado en sus intervenciones sociales, lo que agradaba a los librecambistas ingleses pero también a los trabajadores anarquistas y a todos los demás que en el Estado veían sólo represión (...) El orden social de la naturaleza no podía ni debía ser modificado ni por los hombres ni por el Estado. El Estado no debía, según él, interferir en la selección natural de los más fuertes en el mercado. Cualquier intervención a favor de los más perjudicados, sólo podría, a la larga, perjudicarlos aún más, pues impediría que desarrollen técnicas de superación y supervivencia. Así oponía críticas a las ideas socialistas con gran predicamento ya en esa época, aunque auspiciaba uniones obreras para la educación y demás progresos obtenidos desde ellos mismos.

Tal filosofía política estaba emparentada con su realización como investigador de la sociedad, y una y otras, con sus virtudes y defectos, expresiones del pensamiento de su época y *que se hace bien en llamar “evolutivo”*. Apareció él en numerosas obras en las que Spencer sistematizaría el conocimiento sobre las instituciones culturales y sociales, y finalmente los famosos *“Principios de Sociología”*. Si hay una constante en esas amplísimas y heterodoxas reflexiones es la de *extender el principio evolutivo y aplicarlo al más extenso campo de las relaciones sociales* (...) importa analizar su aplicación de los principios evolutivos a sociedades humanas – que será lo propio, desde entonces, de la “sociología”- (...) La ley de la evolución, o del progreso, es la que ha llevado a la primigenia integración de pequeñas comunidades en otras cada vez más complejas: familia, tribu, comuna, país, Estado. La forma “superior” sigue manteniendo su seno

en la anterior, y también al problema propio de cada una de ellas que es la “homogeneidad”. El salto cualitativo de la evolución se daría al producirse la diferenciación o heterogeneidad, pues con ella caen los principios de dominación y de autoridad presentes en todo ese camino que llevaría a las sociedades industriales, con estructuras descentralizadas e individualizantes”.

Sin perjuicio de ello, Spencer años después se *replantea su confianza en la evolución sociedades militarizadas y autoritarias hacia otras industriales y tolerantes*, al final de su vida se chocaría con el aumento de las funciones estatales y la pérdida de posibilidades para el individualismo. Terminaría dando su última oposición al curso de los acontecimientos terriblemente peligroso si se aunaba a su evolucionismo organicista y elaboraría *“El hombre contra el Estado” (1884)* una defensa del liberalismo político y económico frente a la convergencia de la sociedad industrial con la militar. Su liberalismo era una consecuencia del evolucionismo que parecía llevar al fin del Estado por manos del liberalismo. Este liberalismo debía enfrentarse con el autoritarismo estatal y el militarismo que le dio origen. En el fondo esta obra intentaba una reivindicación de la libertad del hombre. Pero en esa obra, también mantiene la justificación científica de la aceptada creencia en la superioridad moral del hombre europeo y de clase superior – al que veía ciertamente en peligro de extinción por su afición al razonamiento ya que el sexo se opone al cerebro y cuanto más trabaja uno menos lo hace el otro-, lo que justificaría el imperialismo de base racial. En fin, evidentemente el ingeniero ferroviario nunca pudo salir de la matriz etnocéntrica, racista y biologicista.

El racismo de las oligarquías vernáculas no se limitó a los pueblos originarios y a los africanos desplazados por las circunstancias antes señaladas, sino que se extendió al mestizaje, y hasta las obras como el *Martin Fierro* nos dan testimonio de ello.

Para abordar al mestizaje, se sirvieron de otro discurso que estaba en bandeja, una tesis de la psiquiatría francesa, *“la*

teoría de la degeneración moral” de Morel – que tuvo como adepto a Bunge en Argentina- e incluso el mismo Domingo Faustino Sarmiento, haciendo eco de ello llegó a afirmar que proveníamos de un cruce de razas poco apto para la democracia (discurso vigente hoy día, cuando decimos que nuestro país está así porque la mayoría de los inmigrantes son españoles e italianos “del sur”, con lo que también cobra vida el ideario lombrosiano, como se puede ver estos discursos nunca se van y el colonialismo los necesita en América Latina). Así como traje en colación a Spencer, no puedo dejar que Morel sea menos y por ello veamos de qué se trata el discurso de la degeneración moral que asumió importancia cuando la corporación médica cobró relevancia a partir del uso de los peritajes en los tribunales – a partir de este momento los medios les dan difusión y asumen el dominio del discurso-. En *“La Palabra de los Muertos”*, Zaffaroni nos habla de Bénédicte Augustin Morel:

“La degeneración mestiza: De este modo los psiquiatras y médicos legistas cobraron gran prestigio social, al tiempo que Bénédicte Augustin Morel (1809-1873) inventaba la degeneración, tesis de neto corte racista, que postulaba la inconveniencia del mestizaje de las razas, debido a que la unión de filos genéticos lejanos daba por resultado seres humanos desequilibrados, no en cuanto a su inteligencia sino en cuanto a su moralidad.

Ahora resultaba que los mestizos americanos producto de la incontinencia sexual de los ibéricos y que según Hegel era el error que había decidido nuestra independencia, eran simples degenerados. Esta tesis fue acogida con beneplácito en nuestra América, porque en general los mestizos y mulatos causaban más problemas políticos que los indios y afros puros: para nuestras oligarquías, la impudicia que les llevaba a reclamar derechos era parte de su degeneración”.

El discurso de la corporación médica sería clave para la policía – que no contaba con discurso-, bien se sabe que *la policía era la encargada del control territorial del colonialismo*,

pero al crecer la población y la pobreza²³, se implementó y adaptó la ocupación policial y el control policial a las metrópolis de los países colonizadores. La policía era una novedad en las ciudades y necesitaba de un discurso “los médicos tenían un discurso sin poder y los policías un poder sin discurso, la alianza de ambos fue lo que dio por resultado el positivismo criminológico biologicista” y con él se confirmaba que ciertas personas (pobres, vulnerables y delincuentes) eran semejantes a los salvajes y debían ser tratados de forma parecida a estos, en tanto las personas “decentes” eran biológicamente superiores, ergo inmunes al poder punitivo.

Este discurso tuvo un efecto que en nuestro continente fue bien aprovechado por los tomadores de discurso fácil, se trata de la “*justicia natural de la sociedad*”, a la que más de un personaje de la historia le debe alguna página en los libros de historia, una estatua o busto. Mediante esta idea las clases dirigentes legitimaban su hegemonía por su superioridad biológica traducida en una mayor inteligencia. En tanto que los oligofrénicos iban cayendo en la escala social; a esto se llama sedimentación social del oligofrénico²⁴.

Como se puede apreciar el positivismo y su reduccionismo biologicista no es sólo una cuestión penal, sino un marco de referencia ideológico que justifico el control social interno de las sociedades centrales, que en nuestro país – y por imitación a estas tuvo recepción y aplicación por parte de las oligarquías

²³ Esta función policial se mantiene muy vigente, y recobra una enorme actualidad las autoridades suelen servirse de esa situación para llenar los espacios públicos de policías frente a la necesidad de venta ambulante por parte de personas inmigrantes provenientes de África – muchos corridos de sus tierras por los efectos devastadores en sus débiles Estados por parte del poder financiero que viene realizando ensayos en dichas tierras, y otra gente que vende ropa usada para subsistir que aumenta cada vez más porque Argentina indudablemente). Hace algún tiempo se escuchó a la Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires referirse a estos problemas, y se los atribuyó casi malthusianamente al “crecimiento de la población” <https://www.ambito.com/el-desempleo-la-poblacion-y-el-malthusianismo-cambiemos-n5044873>.

²⁴ Raúl Eugenio Zaffaroni. La Palabra de los Muertos. Conferencias de Criminología Cautelar. Ed. EDIAR. 2011.

vernáculos, dando lugar a verdaderas masacres estatales-. En nuestra región una vez instalada esta etiqueta les cabría a los “gringos degenerados” (inmigrantes europeos anarquistas, socialistas, sindicalistas y judíos). Todos estos grupos reaccionarios de inspiración francesa antidreyfusiana, xenófoba y antisemita darían lugar en la Argentina al golpe de 1930.

Desde 1910 hasta los años setenta (conformación de populismos y antipopulismos)

La reacción en contra de los disparates comentados, comienzan con la Revolución Mexicana y da lugar a los movimientos populistas (el cardenismo mexicano, el aprismo peruano, el velasquismo ecuatoriano, el varguismo brasileño, el irygoyenismo y el peronismo argentinos). Estos poderes emergentes no podían apelar al discurso liberal bastardeado por spencerianismo – ya asumido por las oligarquías- por lo que fueron hacia elementos discursivos y estético del autoritarismo europeo de entreguerras, lo cual generó la mayoría de los etiquetamientos de mala fe, es decir neonazismo, fascismo, etc. Pero la verdad es que al ser movimientos *latinoamericanos no tenían el mito imperial que utilizaban los europeos*.

Tampoco su objetivo fue el mismo que en Europa, esto es una alianza con sectores privilegiados para contener un avance de la ciudadanía real, por el contrario, buscaban una situación diametralmente opuesta a estos, ya que mantenían una confrontación abierta con los sectores dominantes.

El embate colonialista contra los regímenes políticos con pulsiones redistributivas del ingreso

El momento bisagra – siempre reconociendo el riesgo arbitrario de tales afirmaciones- se puede encontrar en la intervención norteamericana en Guatemala y el suicidio forzado de Vargas (1954), la violenta destitución de Perón en 1955, y otros acontecimientos en países vecinos que signaron la reacción neocolonialista contra las pulsiones redistributivas de los

populismos regionales – que ya venían desprestigiados por la propaganda mediática-. Al igual que en nuestros días, se criminalizó la redistribución de la renta y los empresarios morales de por aquél entonces desplegaron una campaña centradas en la corrupción.

Se abrió de este modo un periodo oscuro en nuestra región y acabaron por ocupar militarmente varios países de la región con las mismas fuerzas militares de los propios Estados, como pasó en Argentina. Desataron la “guerra centroamericana”, levantaron el fantasma de la Cuba comunista, y la doctrina de la seguridad nacional – proveniente del colonialismo francés en Argelia e Indochina, pero inculcada a nuestros militares mediante la “Escuela de las Américas”-. Ahora se alucinaba con una guerra entre Oriente y Occidente, y se tomaba nuevamente la *teoría del partisano* de Carl Schmitt, que introducía el pseudoconcepto de *Guerra Sucia*, básicamente la doctrina ponía el acento en que quien se oponía a la auto-ocupación territorial de las fuerzas armadas, se los podía neutralizar a costa del cualquier mal: ya conocemos las muertes por tortura y desaparición forzada. Esta doctrina resultó importada directamente desde la Francia colonialista de los años cincuenta, pero luego se difundió por América Latina en una forma muy simplificada, desde la Escuela de las Américas situada en Panamá, donde se trabajó la mente de los cuadros superiores con una especie de cruzada para salvar al occidente cristiano, algo verificable en las declaraciones de Videla, Massera y otros personajes.

La “fase superior del colonialismo”

Las desapariciones y las muertes sistematizadas a través de genocidios, generaron el coletazo final del neocolonialismo – la culminación de esta etapa coincide con el momento mundial en que acabó el ciclo expansivo de posguerra-. Zaffaroni dice que es en este momento en el que el colonialismo da paso a su fase superior, con predominancia en el poder financiero transnacional, valido del actual desarrollo formidable de la tecnología de

la comunicación. En esta fase ya no se ocupan tanto los territorios policialmente, como en el colonialismo originario, tampoco se acude a las oligarquías vernáculas para que mantengan la población en relaciones de servidumbre, tampoco se maquina a las fuerzas armadas con doctrinas porque ya no son confiables y generan rechazo popular – aunque ahora se está buscando, por lo menos en Argentina algunos ensayos de acercamiento-.

El sujeto que hará de agente natural de cumplimiento, serán los jóvenes brillantes provenientes del sector privado, el empresariado y el ONGismo, y un nuevo sujeto llamado Ceocracia, una nueva plutocracia. Los discursos de los que se sirven, tienen un poco de todos los que someramente se repasaron, ciertamente esta forma superior también requiere de un Estado polcizado y gendarme. Esta nueva forma es caracterizada por Zaffaroni e Ílson Dias Dos Santos²⁵, por razones de extensión tomaré algunas de las características que me parecen más salientes:

- Una acelerada concentración de riqueza crea una *plutocracia mundial*, un gobierno de ricos que concentran más riqueza, validos de la libre actuación de las corporaciones transnacionales (masas de dinero), que desconoce la condición de personas y su correspondiente dignidad a las personas reales, tanto humanas como no humanas (naturaleza).
- El control social punitivo de nuestra etapa, pasa por otro lado porque responde a un marco de poder planetario diferente al que generó las críticas criminológicas de la segunda mitad del siglo pasado. Este nuevo momento del poder fue facilitado por la revolución tecnológica (particularmente la comunicacional). Esto nos demanda una nueva aproximación crítica por parte de la criminología crítica.
- La diferencia sustancial del marco de poder se debe a que en los años setenta del siglo pasado se desaceleró el desarrollo económico rápido y las grandes corporaciones

²⁵ La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero. E. Raúl Zaffaroni – Ílson días Dos Santos. Ed. EDIAR. 2019

acabaron con las políticas keynesianas en el norte y las desarrollistas en el sur. Es por esto que los “países sedes” de las corporaciones se endeudaron sideralmente, con lo cual sus gobernantes redujeron su papel al de agentes lobistas de éstas, impotentes para imponer cualquier cambio disfuncional a ellas.

- El poder político de origen democrático se está transfiriendo a los gerentes de las corporaciones. Ellos son los actuales tomadores de decisiones, de las que tampoco pueden liberarse los gobernantes de los países sedes de éstas que pasaron a ser Estados postsoberanos, porque sus políticos no responden a la voluntad de sus votantes sino a los límites impuestos por los organismos crediticios funcionales a las corporaciones. En caso de que pretendan cumplir con la voluntad de sus votantes, se verán condicionados, o lo harán con la voluntad viciada por los medios – pertenecientes al totalitarismo financiero que condicionan a la opinión con falsedades, etiqueta y pánico moral, asumiendo el rol de los empresarios morales de la contemporaneidad para elegir gobiernos obedientes a sus intereses corporativos.
- Los pueblos pierden soberanía, concepto otrora relativizado por el surgimiento de la jurisdicción internacional, pero hoy la soberanía es degradada a un pretexto de los Estados para eludir las sanciones internacionales.
- La democracia es cada vez más formal y menos real en los Estados postsoberanos (países sedes) como en los tardocolonizados.
- El endeudamiento es el arma sideral del totalitarismo financiero.
- Foucault decía que el poder no se *tiene* sino que *se ejerce*. Los *Chief Executive Officers (CEO)* de las corporaciones financieras le arrebataron a la política (expresión de la soberanía popular) gran parte de su capacidad de determinar conductas ajenas, para convertirse en una nueva oligarquía o plutocracia planetaria que cuesta millones de vidas

humanas, ocultas en la realidad manipulada por los medios hegemónicos, pero como los tomadores de decisiones no ignoran esos efectos, puede decirse que son psicópatas. Su conducta se explica desde las llamadas *técnicas de neutralización de valores*, que otrora explicara la conducta de los rebeldes sin causa, y que más tarde se revaloró para entender la conducta de los genocidas. Esta teoría en principio fue mentada para explicar que la delincuencia está basada en justificaciones que son válidas para los delincuentes

El argumento de los autores *es que la delincuencia está basada en justificaciones para la desviación que son vistas como válidas por el delincuente, pero no por el sistema legal o la sociedad en su conjunto*. Estas justificaciones del comportamiento, que denominan “*técnicas de neutralización*” son un componente crucial de las “definiciones favorables a la violación de la ley”. Es a través del aprendizaje de de las técnicas (o motivos) que el joven se convierte en delincuente, más que por tener imperativos morales, valores y actitudes opuestos a los sostenidos por la sociedad dominante. Estas técnicas de neutralización se dividen en cinco tipos: 1) La negación de la responsabilidad: En la medida en que el delincuente pueda definirse a sí mismo como carente de responsabilidad por sus acciones desviadas, la desaprobación proveniente de él o de otros reduce su influencia restrictiva (por ejemplo “fueron las circunstancias; la sociedad me hizo así), 2) Negación del daño o de la injuria: El delincuente frecuentemente y de alguna manera incierta cree que su comportamiento no produce ningún daño a pesar de que el hecho resulte contrario a la ley (por ejemplo: no lastimé a nadie, tiene mucho más dinero, me había ofendido), 3) La negación de la víctima: incluso si el delincuente acepta la responsabilidad por sus acciones desviadas y su voluntad de admitir que estas implican un daño o injuria, su indignación moral o la de los demás puede ser neutralizada afirmando que el daño o injuria no es incorrecto a la luz de las circunstancias (por ejemplo los

ataques a los homosexuales o a los miembros de las minorías, el vandalismo como venganza contra un funcionario, los robos a un propietario deshonesto, son daños que a los ojos del delincuente son cometidos frente a un agresor). Mediante esta sutil técnica se coloca en situación de justiciero o vengador y la víctima es transformada en un malhechor, 4) la condena de quienes condenan: El delincuente cambia el foco de atención de sus propios actos desviados al comportamiento de aquellos que desaprueban sus violaciones. Puede sostener por ejemplo que quienes lo están condenando son hipócritas, desviados disfrazados, o que están impulsados por mala fe (por ejemplo: “la policía es corrupta, los maestros son parciales, los jueces son hipócritas, el Estado es una cueva de ladrones, no está mal evadir, etc); 5) El recurso de las lealtades superiores: Los medios de control social internos o externos pueden ser neutralizados cuando sacrifican las demandas de la sociedad, en beneficio de las demandas de grupos más pequeños, a los cuales el delincuente pertenece (por ejemplo: “no podía dejar solos a mis compañeros”, “no podía fallarle a la barra”, “tenía que hacerle la gamba”).

Estas técnicas recobran mayor valor para leerlas en clave estatal – ya que no corresponden sólo a los rebeldes sin causa- y la emplean con mayor frecuencia quienes ejercen el poder punitivo.

Parece que en 1957 Sykes y Matza estaban analizando las masacres estatales más que las conductas rebeldes sin causa de su tiempo. Esta observación no es nueva, puesto que fue realizada por varios criminólogos, especialmente por Zaffaroni. Por lo general se la utiliza para explicar el caso de la Shoah, pero es extensible a todas las masacres.

Ya vimos la primera elaboración de las técnicas, ahora bien, si hacemos su lectura en clave de masacre estatal tenemos que hay una “negación de la responsabilidad”: En las masacres se caracteriza por definir situaciones que se

proyectan como de extrema necesidad y que son generadas por el grupo al que se pretende aniquilar. Por eso es que en las masacres el “chivo expiatorio” no puede resultar ser cualquier persona. En principio, el grupo identificado como futura víctima debe ser identificado como “poderoso”, pues de lo contrario no tendría capacidad de infundir miedo (este tema juega un rol fundamental en lo acontecido con las muertes de Santiago Maldonado y Rafael Nahuel, y la RAM, desarrollado en el punto siguiente de este trabajo).

Por otra parte, se establece una “causalidad mágica”, para atribuir a ellos una peligrosidad tan formidable se apela a un viejo recurso inquisitorial, que se basa en atribuir todos los males sociales a un “ellos sustancializado”. Esta causalidad se fundamentará en “la urgencia”.

- Ideología encubridora y su homus economicus: Los plutócratas *racionalizan su poder con una ideología única autodenominada neoliberalismo*, a la que pretenden naturalizar como paradigma en la economía y en las restantes ciencias humanas. En realidad, llamamos “ideología” a un sistema de ideas, pero es asunto de la crítica de las ideologías determinar en cada caso si nos acerca a una realidad (develadora) o nos aleja de ella (encubridora). Esta práctica pone en evidencia de que toda ideología demasiado reduccionista cae en un simplismo unilateral que aleja la realidad, y además, cuando se la quiere imponer como ideología única, es posible sospechar que oculta alguna pulsión totalitaria.

La antropología plutocrática responde a estos indicadores llegando al extremo de un “neoutilitarismo”, inventan un ser humano cuya conducta está siempre determinada por el cálculo de costo y beneficio (en todos los aspectos de su vida). Desde este punto de vista, la supuesta racionalidad del mercado explicaría todas las conductas de los hombres y de las mujeres. La economía se tragaría a todas las ciencias sociales y de la conducta.

- Es incompatible con una democracia plural: La premisa que toma es la de Ludwig von Mises, para quien la finalidad del ser humano es el enriquecimiento y toda crítica de privilegios obtenidos del sistema capitalista se basa en la envidia, un disparate antropológico. De esto decanta que no puede concebirse una democracia plural en la que todos los seres humanos pretendan enriquecerse sin límites. Esta ideología supone la mercantilización de todas las relaciones sociales, es decir todo tendría un precio, de modo tal que lo que no pudiese venderse o comprarse en un corto plazo, desde esta perspectiva es algo inexistente o, de existir, sería un error que debería suprimirse (efecto de que relega al mercado la valoración de las relaciones sociales, pero el mercado admite cálculos a corto plazo, y no a largo plazo). Esta ideología pretende un control total, y tiene una visión antropológica del homus economicus reduccionista, le termina negando a la economía el carácter de ciencia social y termina siendo un simplismo monetarista.
- Se basa en una doble idolatría: Esta es una idolatría “biteista”, pues tampoco puede prescindir de una fe ciega en la omnipotencia del poder punitivo, toda vez que sin él no podría imponer su modelo de exclusión social y planetaria. La idolatría biteista se percibe cuando comprendemos que el totalitarismo financiero deposita una fe ciega e inescindible en la omnipotencia de dos seres supremos: el mercado y el poder punitivo, que se retroalimentan.

3. Sufrimiento y muertes institucionales en la Argentina. La función de Policía y de Gendarme en una nueva guerra inexistente. Las muertes en “el sur del sur”

*“La única verdad es la realidad y la única realidad en la cuestión criminal son los muertos”
(E. R. Zaffaroni, La Cuestión Criminal, 2011)”*

La terrible simbiosis necesaria entre el totalitarismo financiero, y sus políticos adictos que exponen los Estados a ensayos

de este proyecto hegemónico, y el poder punitivo es innegable. Aquí debemos tener cierta inteligencia, ya que el poder punitivo selecciona conflictos para neutralizarlos y darles una relativa aceptación que termina generalmente en alguna tipificación en el Código Penal²⁶.

Hay reclamos con una importante densidad ideológica, como sucede con el movimiento feminista, gay, antirracistas, y en general todos los grupos que luchan contra las más diversas discriminaciones.

La cuestión es que varios de esos movimientos se vuelven ciertamente aceptables para el poder punitivo, con el riesgo de que la multiplicidad de reclamos desestabilice el sistema, para que ello no suceda el poder hegemónico necesita “normalizar” los reclamos, al respecto dice Zaffaroni:

“El poder punitivo se proyecta mediáticamente en nuestros días con carácter de un ídolo omnipotente (falso Dios), capaz de resolver todos los problemas y eliminar todo lo indeseable, con sólo describirlo en un tipo (*penal*)²⁷. Esta idolatría contemporánea tiene fanáticos e integristas, incluso violentos. Nuestro antepasado cavernícola dibujaba animales de presa en las paredes y creía que con la imagen dominaba al objeto; hoy los describimos en los boletines oficiales de los Estados.

El poder hegemónico cayó prestamente en la cuenta de que esta omnipotencia idolátrica es un excelente recurso sedativo y normalizador, con capacidad de preservación del equilibrio del sistema. Por ende, lo emplea para

²⁶ Zaffaroni ha designado a este fenómeno como “la idolatría succionadora de la protesta” (ver en Derecho Penal Humano... página 70. Ed. Hammurabi 2016)

²⁷ La cursiva es propia. Con “tipo” hacemos referencia a la tipificación de las conductas en el Código Penal. El problema está colocar el sustrato material del delito la acción prohibida que se castiga, y crear la ilusión de que porque aparece en el Código Penal, el problema desaparece de la realidad y nunca vuelve a suceder en cuanto punible resulte. Por ejemplo: cuando se incorporaron los delitos de género o el homicidio transfóbico, con ello no se detuvieron las muertes ni mucho menos. El patriarcado y la discriminación son problemas que la ilusión del falso Dios no pudo resolver con la magia normalizadora del tipo.

contener y neutralizar la pulsión liberadora de esos movimientos, lo que explica que los medios masivos de comunicación monopólicos impulsen amplias campañas punitivista como pretendidas soluciones a esas discriminaciones. Los políticos, presos de los medios, acuñan tipos penales a veces completamente inútiles y en ocasiones de efectos reales paradójales

Estos tipos como máximo sirven para mostrar algunas víctimas, a las que se limitan a otorgar públicamente esa condición, argumentando que se trata de un efecto simbólico. En realidad, suelen sacar el conflicto de su contexto y, como siempre que se sustrae un conflicto del lugar que le corresponde (salubridad, educación, economía, etcétera), para asignarle una naturaleza artificial – penal-, lejos de resolverlo lo complica.

No obstante, estas campañas punitivista tienen singular éxito entre muchas personas sinceramente luchadoras y embanderadas en esos movimientos, que suelen caer en la trampa estafatoria del punitivismo que, como en cualquier otro caso, no sólo resuelve los conflictos, sino que abre nuevos ámbitos de arbitrariedad selectiva, con su inseparable secuela de corrupción, automatización de agencias policiales y reforzamiento de la discriminación”.²⁸

Ahora bien, cuando el problema *no es susceptible de normalización, los conflictos van hacia desenlaces mortíferos*²⁹. Si el conflicto o la protesta gravita directa e inmediatamente en los intereses vitales del poder (pensemos en la Patagonia y las tierras de testaferreros del poder y extranjeros millonarios), lo que se genera son *muertes anunciadas*, con *chivos expiatorios* y un fenomenal despliegue mediático para difundir *las técnicas*

²⁸ Derecho Penal Humano...Raúl Eugenio Zaffaroni. Ed. Hammurabi (2016).

²⁹ “Este problema no es ajeno a la “Doctrina” de la Ministra Patricia Bullrich, quién vocifera una “doctrina” estructurada en este sentido y que habilita la letalidad policial sin observancia alguna de los deberes funcionales que tienen los mismos. El miedo y la emergencia son dos presupuestos psicológicos que las bombas mediáticas difunden a modo de presupuesto fáctico para legitimar el despliegue de la letalidad estatal.

de neutralización tendientes a justificar el escenario mortífero (como en el caso de Santiago Maldonado)

Zaffaroni (1993)³⁰ habló de las “*mueres institucionales*”, sin perjuicio de abarcar otras “*mueres anunciadas*” (tomando el giro de García Márquez). Estas últimas son las muertes, que en forma masiva y normalizada, causa la operatividad de la violencia del sistema penal. La normalización puede responder a “*acostumbramiento por su presencia*” o a un sensacionalismo momentáneo que acaba en explicaciones coyunturales momentáneas o anecdóticas, pero las muertes que más llama la atención, entre otras cosas por la implicancia que el fenómeno tiene en cuanto a internalización de un derecho humano tan elemental como la vida, son aquellas cuya proyección y recepción tiene lugar por parte de los medios masivos, que las exhiben como signos de eficacia preventiva de la policía, o sea que estas muertes, lejos de causar alarma en la población, son un recurso para provocar aquiescencia o consenso.

Estas muertes dan una impresión parecida al relato de García Márquez en la novela “*Crónicas de una Muerte Anunciada*”. Existe en ellas *una pre adjudicación de roles en un proceso mortífero*, es decir muertes en la que cada uno asume un rol fijado de ante mano y el mismo se desempeña hasta el acaecimiento del trágico final – esto guarda relación con la realidad social “*normalizada*” por la prensa diaria, y lo veremos a continuación sobre todo en el caso de Santiago Maldonado y la supresión de ciertas circunstancias en el escenario.

Dentro de las muertes anunciadas, se encuentran las “*mueres institucionales*” que consisten en aquellas provocadas por el personal armado de las agencias del sistema penal en el cumplimiento de sus funciones o directa relación con las mismas. El concepto comprende dos sentidos: abarca al personal que está autorizado al uso de armas o que se tolera que las use,

³⁰ Muertes Anunciadas (1993). Ed. Temis S.A.

por asignársele o admitirse que cumpla funciones propias de agencias armadas del sistema penal.

La letalidad de los dos casos demuestra que cuando la afectación de este derecho humano se produce por personas que forman parte de las instituciones del Estado, tiene lugar en forma reiterada, con alta frecuencia y *existe un discurso* que indica o genera la sospecha de que la misma está transformándose en un fenómeno estructural que forma parte del modo del ejercicio del poder que llevan a cabo las agencias del Estado, *adquieren rango de problemática iushumanista prioritaria*.

Al incorporar este tipo de masacre en la Criminología, se debe tener en cuenta: a) las condiciones culturales e históricas que favorecen la instalación de un mundo paranoico; b) las conductas de las agencias políticas y de los medios masivos de comunicación que señalan chivos expiatorios; c) las agencias del poder punitivo, que son sus potenciales perpetradores; d) la conducta de los posibles chivos expiatorios, esto es, su disposición para asumir el rol (los peligrosos inventables)³¹.

Las masacres del poder punitivo tienen la particularidad de que sus perpetradores son agentes del sistema penal, o bien extraños que actúan con indiferencia, beneplácito u omisión. Para que esto ocurra, es necesaria a instalación de un mundo paranoico que promueva una vindicación de esta característica, desproporcionada frente a la autoría, frecuencia y calidad de los delitos cometidos. Es víctima de esa vindicación un “chivo expiatorio” (enemigo), al que se convierte en responsable de la amenaza y a quien se le imputan los peores crímenes, de manera que se legitime su eliminación³².

³¹ Remitirnos al rol de chivo expiatorio en las “técnicas de neutralización” en clave de masacre estatal.

³² A lo largo de la historia el poder punitivo tuvo tendencias a desbocarse. En Europa, en los siglos XII y XIII, es constante, su tendencia a descontrolarse en pos de combatir “enemigos”. Pero desde hace ocho siglos las emergencias y los enemigos fueron cambiando, primero eran la degeneración de la raza, la sífilis, el alcohol, la droga, el comunismo internacional, hasta llegar en la actualidad con el terrorismo, al que se pueden agregar “los inmigrantes”.

Una vez instalado el mundo paranoico, el poder punitivo quiebra todo límite y pasa a la etapa o posibilidad de “*vindicación paranoica*”, mediante medidas extraordinarias o excepcionales.

Zaffaroni, introdujo otro importantísimo concepto de “*masacre larvada*”, esto es “*toda señalización comunicacional de un chivo expiatorio que se agota en la pretensión de convertirlo en enemigo*”. Son semillas de genocidio que no son viables o van a dar en terreno no apto para su germinación, pero que con potencia germinadora y terreno fértil.

Las muertes ponen en juego discursos de los más perversos y “chivatos” delirantes, los dos casos que traigo en colación tienen un factor común, harto reiterado en el sur argentino: que “*los mapuches no son Argentinos, son Chilenos, y aniquilaron al resto de los pueblos originarios*” (Puntapié inicial que los convierte en potenciales víctimas de violencia o masacres estatales justificadas por el Estado mediante sus técnicas de neutralización), cualquier lectura antropológica, sociocultural y política no racista, ni etnocentrista, entiende que en primer lugar *en los tiempos pre estatales no había divisiones geopolíticas que permitan hablar de “Argentina” y “Chile” como tal*, y en segundo lugar el proceso de expansión territorial de una cultura originaria puede ser tan violento – o no- como el de cualquier cultura, sólo que en el discurso dominante el permiso de la expansión y ocupación mediante la violencia lo tiene la “civilización”(los étnicamente superiores).

El trasfondo de este asunto no es más que una jerarquización entre seres superiores e inferiores, con una tónica disparatada en la que les niega a los mapuches su posición cultural, colectiva y jurídica actual constitucionalmente avalada por nuestro país desde la reforma Constitucional de 1994 y por el progresivo proceso de constitucionalización del derecho privado a partir del año 2014³³ .

³³ Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. El inc. 22 del mismo artículo, a su vez, reconoce la jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así la

No podemos dejar de lado en estos casos una lectura de las “Técnicas de neutralización” (Sykes y Matza), aunque no como lo hicieron esos autores orientándola a la delincuencia juvenil de los 50, cabe *releerlas o reinterpretarlas en “clave de Estado”*, porque quienes ejercen el poder punitivo son quienes más las invocan, y van con ello mucho más allá de los límites de las causas de justificación o de exculpación.

Sykes y Matza consideraban “técnicas de neutralización” las siguientes: negación de la propia responsabilidad, minimización del daño inflingido, la negación de la víctima, la condena de los jueces y la apelación a lealtades superiores.

Chivos expiatorios y víctimas de la guerra inexistente

En un lapso menor de cuatro meses Santiago Maldonado y Rafael Nahuel murieron en medio de una guerra ¿Qué cuál es el factor común mortífero en ambos casos? *La ocupación policial territorial practicada por el propio Estado Argentino*, en una inédita expansión de comportamientos característicos de un Estado de Policía – no de ajustados a derecho, sin razonabilidad, sin proporcionalidad-. Lo diferente, las circunstancias de tiempo, lugar y forma: Santiago Maldonado sitiado, perseguido y conducido hostilmente por la Gendarmería hacia su muerte.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, etc (Pueblos Originarios y Derechos Humanos. 2011. http://www.jus.gob.ar/media/1129142/28-cartilla_pueblos_originarios.pdf). En el año 2006 con la Ley 26.160, se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes.

Cabe destacar que a partir del fuerte proceso de constitucionalización de la normativa infra constitucional, puntualmente a partir de la Ley N° 26.994 (que sanciona el Código Civil y Comercial, en el Título Preliminar se establece a través del art. 18. *Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional*”.

En tanto que se le dio muerte a “Rafita”, en Bariloche, con un día soleado y luminoso³⁴.

Para cualquier policización del Estado se requiere un *enemigo interno*, cuya construcción en el Siglo XXI, se sirve de unos cuantos sentimientos latentes en las sociedades atosigadas por los medios televisivos que preconstruyen el diseño para dar contexto a cualquier acción policial sirviéndose de las inseguridades y miedos.

Todo eso se instala a través del odio teledirigido al “otro diferente”, que es lo que se conoce como “*heterofobia*”, cuyo origen puede ser “espontáneo” – aunque siempre hay preconceptos y definiciones de esa otredad a destruir o convertir en chivo expiatorio de la sociedad- ¿Para qué sirve al poder?: En principio para desviar la atención de la ciudadanía, focalizar la peligrosidad en grupos resistencia y lograr la violencia con cierto consenso social.

La Ministra Patricia Bullrich (y el macrismo) encañonó a la Resistencia Ancestral Mapuche³⁵ (RAM), un movimiento de reivindicación al que el discurso oficialista transformó en un grupo terrorista dispuestos a ocasionar – en forma armada- una secesión de ciertos territorios considerados para su cultura ancestrales para formar un nuevo Estado. La maquinaria propagandística del oficialismo atribuyó distintos apoyos del IRA irlandés, el ISIS hasta las FARC Colombianas – que las alturas de este conflicto ya están en etapa de desmovilización y disolución-.

En lo externo, el Gobierno Nacional, decidió “estar en el mundo”, no por cumplir sus objetivos, sino por las modas discriminatorias y xenófobas, un rasgo bien arquetípico de los

³⁴ Una nítida descripción del asunto la encontramos en “Estallidos Argentinos. Cuando se desbarata el vago orden en el que vivimos”. Mario Wainfeld. 2019 Siglo XXI Editores.

³⁵ “El ser Mapuche, significa “gente de la tierra”, y como tal, su ser e identidad se asume de esa forma. El pueblo se siente hijo del entorno natural del mundo. El Mapuche no se siente dueño de la tierra sino que sabe que pertenece a ella (Secretaría de Turismo de la Municipalidad de Bariloche, en el folleto “El pueblo Mapuche”.

gobiernos de derecha argentinos, en palabras de Mario Wainfeld un “*alineamiento (simiesco) con el Departamento de Estado estadounidense en la cruzada contra el terrorismo internacional*”. Y en el orden interno, garantizarles a los propietarios del sur – que tiene un importante componente de propietarios que han obtenido tierras por precios irrisorios con dividendos obtenidos en sociedades constituidas en el extranjero³⁶, cuándo no su uso mediante permisos estatales.

La muerte de Santiago Maldonado

El corte de ruta, resulta un método de protesta social usual en la Argentina desde fines del siglo XX, bastante criminalizado por los medios en la actualidad, quizá por poner en riesgo el orden al que sirven o a su construcción de la realidad funcional a las corporaciones de las que son partes y agentes reproductores de discurso. Pero se puede recordar que el método tuvo una *interpretación mediática patriótica*, cuando fueron las patronales agropecuarias que protestaron contra la Resolución N° 125 en tiempos del Kirchnerismo.

Las clases dominantes – y las medias que se creen que son parte y buscan la imagen y semejanza desde el control remoto - se indignan frente a las manifestaciones de otros sectores de la sociedad. Una especie de expropiación social del método de protesta que resulta “*moralizado*” porque lo practican las patronales y los sectores dominantes afines.

Pero a diferencia de este privilegio que neutraliza cualquier valoración negativa del método durante un invierno chubutense de 2017, en el que una pequeña manifestación que no

³⁶ En el Sur de nuestro país no sólo se dispone de tierras que para estas comunidades resultan ancestrales sino que se lo hace de la peor manera, es conocido el caso de un renombrado director de ex SIDE, durante el último gobierno radical y ex banquero, Fernando Santibáñez, oriundo de las Islas Vírgenes Británicas, para adquirir una importante finca en uno de los lugares más exclusivos de la Patagonia Argentina, San Martín de los Andes, pagando por aquella doce mil dólares operación que fue concretada por aquella compañía a los pocos meses de constituida, con capital social de solo cincuenta mil dólares estadounidenses.

conturbaba la paz interior, la ministra de Seguridad Patricia Bullrich montaría su primer caso belicoso (*“casus belli”*) utilizando a la RAM.

Un pequeño grupo de mapuches reclamaba por la liberación de Facundo Jones Huala, Lonko (líder) de la comunidad Cushamen. El hecho generó una reacción gubernamental y Pablo Noceti –Jefe de Gabinete el Ministerio de Seguridad- viajó a Bariloche para coordinar el mecanismo represivo que tendría como resultado la muerte de un joven de 28 años de edad, llamado Santiago Maldonado.

Santiago Maldonado estaba en la Patagonia poniéndole el cuerpo a sus ideales, un joven cuyas características salientes fueron la solidaridad, un pensamiento anárquico y la artesanía como modo de vida.

Santiago fue una verdadera cacería en un inédito y desproporcionado operativo de las fuerzas. Aquél 1° de Agosto se perdió rastro de Santiago. Sus allegados y las redes sociales reclamaban por su aparición, pero fue sorprendente como el gobierno defendió a capa y espada a los gendarmes atacantes, la agencia policial y judicial llevaron a cabo innumerables esfuerzos y combinaron sus energías para impedir que se sepa la verdad. La conducción del asunto, a partir de que tomó entidad.

La presencia de la Ministra de Seguridad, no tuvo incidencia alguna en el esclarecimiento del asunto, sino que por el contrario se burlaron los protocolos de cualquier pesquisa originada por causas de violencia institucional que indican apartar a la fuerza sospechada, separar a sus miembros, incomunicarlos si cuadra, peritar velozmente los celulares, interrogar a los oficiales y tropa antes de que consensuen una versión común de los hechos. La ministra se dedicó a sostener a la Gendarmería, algo que declaró al decir que “no tiraría a ningún gendarme por la ventana”, y con su inacción y respuestas provocativas logró que ganen tiempo interno.

El 6° de Agosto, la RAM y Santiago Maldonado – considerado parte de ella- llegaban al programa de Jorge Lanata “Periodismo

Para Todos”, quien le daría el toque final, de la mano de los “*empresarios morales*” – institución clásica en la teoría del etiquetamiento- que ahora experimentan una *refuncionalización Ceocrática* como refuerzo de este tipo de gobierno. El periodista en cuestión, dedicó el programa a la RAM y le puso la etiqueta (labeling) como “mayor amenaza del gobierno”. En su discurso denostó al pueblo Mapuche, sirviéndose de causas armadas y todas fundadas en intereses orientados a desplazarlos de sus reclamos³⁷.

En esta situación se llega a las elecciones Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias (PASO) del 13 de Agosto que arrojaron resultados favorables a Cambiemos. Las elecciones legislativas tendrían lugar el 22 de Octubre.

El 17 de Octubre el juez Lleral llamó a Sergio Maldonado – hermano de Santiago-, a los fines de que la familia del joven desaparecido y su representante legal, presenciaran un rastillaje. La zona del mismo ya había sido transitada y los buzos estuvieron en ella tres veces, pero ese día apareció flotando el cuerpo que tiempo después sería reconocido como el de Santiago Maldonado.

La autopsia se programó con muchas precauciones y se verificó que se trataba del cuerpo de Santiago. El informe, si bien está realizado por el prestigioso Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), reconocido mundialmente. Contiene muchas conclusiones conjuntas pero deja puntos sin descifrar. Santiago murió de asfixia por inmersión coadyuvada por hipotermia en el río Chubut, aunque no se pudo precisar si en

³⁷ En Abril de este año el Fiscal Oscar Oro y la jueza Carina Estefanía, se expidieron sobre este prontuario armado: de los 96 Expedientes Judiciales, 84 no indicaban autores materiales o sospechosos. Los 12 Expedientes restantes no tenían sustento y por ello resultaron archivados.

Absolvieron a cinco miembros de la comunidad mapuche por la usurpación del predio en el que murió Santiago Maldonado <https://www.infobae.com/politica/2019/03/18/absolvieron-a-cinco-miembros-de-la-comunidad-mapuche-por-la-usurpacion-del-predio-en-el-que-murio-santiago-maldonado/>

el mismo paraje en que fue hallado el cuerpo. No fue “plantado” allí, permaneció en el agua un lapso que pudo llegar a setenta y tres días o ser más corto, acaso cincuenta y tres. Es posible – aunque no irrefutable- que la muerte haya ocurrido el 1° de Agosto. No había señales de golpes ni lesiones.

La muerte se dio en un proceso que primero produjo adormecimiento de los miembros y redujo la capacidad de movimiento. Luego derivó en un desvanecimiento que terminó con la sumersión. Tampoco hay precisión sobre el tiempo en que se mantuvo vivo a flote. Pudieron ser minutos u horas. Aprovechando esto el gobierno y los medios orgánicos comunicaron firmemente que quedó comprobada la inexistencia de delito, y las mentiras de la familia, los organismos de derechos humanos y la prensa crítica. Pero la investigación seguía abierta.

El escándalo de las declaraciones de Elisa Carrió acerca de que había un 20% de posibilidades de que “ese chico este en Chile, con la RIM” en Todo Noticias, entre una catarata de negacionismo y falacias vertidas directamente por medios del Gobierno³⁸.

Pero el primer rastillaje del 5 de Agosto, según comentarios de los testigos, el agua llegaba a la panza de los hombres rana (también el 17 de Octubre). En el expediente falta consignar cómo se hizo aquel procedimiento inmediato y cuánto duró. Comenta Mario Wainfeld que en el expediente falta consignar cómo se hizo aquel procedimiento inmediato y cuánto duro. Varias fuentes concuerdan: fue muy breve, desganado. Aún con “mala onda”, si el cadáver hubiera estado flotando donde se lo encontró, “tendría” que haber sido visto. El agua es traslúcida, solo la vegetación obstaculiza una visibilidad absoluta, y la víctima

³⁸ Los embustes del Gobierno y amplificados por sus medios orgánicos – y difundidos por sus trolls- llegaron a extremos delirantes, se escucharon noticias en las que se dijo:

Maldonado no estuvo en la ruta 40 ese día.

Un puestero de Benetton lo había matado o dejado malherido en un duelo criollo.

Que Santiago fue visto fatigado en territorio patrio, subiéndose a camiones, cortándose las rastas en una peluquería.

Estaba en un pueblo cuyos habitantes eran iguales a él. La cara, la barba, la mirada. Clones.

vestía un pantalón oscuro. Los buzos, como observó Sergio Maldonado, deben moverse y tocarse entre sí para no dejar zonas sin recorrer.

Otra incógnita es *por qué Santiago se metió en el río, gélido y peligroso*. El juez Lleral evade ese dilema. La versión del relato oficial es que lo hizo motu proprio, sin presiones ni forzamientos de terceros – como si en vez de hacerlo en un contexto de un violento operativo practicado por Gendarmería³⁹-, un disparate. Las primeras manifestaciones policizante del Estado por parte de Patricia Bullrich, fueron la política de Estado que ordenó cerrar el caso y sacar del foco al Presidente con una frondosa sentencia del juez Lleral.

El juez Lleral establece como motivos de la inmersión en el agua “la desesperación, la adrenalina, y la excitación naturalmente provocadas por la huida”. Los extremos de “desesperación” y “persecución” no se estudian con profundidad, dejándose de lado las *modalidades del operativo*: la brutalidad, el uso de armas, la persecución extendida a kilómetros de la Ruta 40, lejos del corte ya olvidado. En fin, se abandonan los móviles de la desesperación. Y la reconstrucción de la escena omite/saltea la conducta de los agresores.

³⁹ Lleral confecciona una sentencia de alta correspondencia con los anhelos del Gobierno, dada a conocer el 29 de Noviembre de 2018 y mandó a archivar el expediente. La resolución es extensa y detallada, pero no provee un croquis de ubicación de los gendarmes que corrían a la víctima y luego lo dejaron atrás. Pero es desinteresada respecto de los aspectos relativos a cómo los gendarmes corrían a la víctima y luego lo dejaron atrás. No se preocupa en pensar por qué y para qué Santiago Maldonado se arrojó al agua. Los considerandos fragmentan el suceso, suprimiendo una de las condiciones aportadas por los miembros de gendarmería para que el joven se arrojara al agua. El juez Lleral escribió: *“Con certeza se puede afirmar que Santiago Andrés Maldonado, a la carrera, huyendo de la persecución de los efectivos de la Gendarmería Nacional que se encontraban efectuando un procedimiento policial ya relatado, ataviado con todas las ropas y calzados señalados y descriptos por los peritos que materializaron la correspondiente necropsia, se introdujo con vida en las frías aguas del Río Chubut en donde, pese a sus esfuerzos por respirar y mantenerse a flote, encontró su muerte a partir de la asfixia producida por el agua de río que invadió sus vías respiratorias, del entumecimiento corporal producido por la bajísima temperatura de ese medio y de la probable pérdida de conciencia”*. Fallo disponible: (<https://www.cij.gov.ar/nota-32662-EI-Juzgado-Federal-N--2-de-Rawson-dict-sentencia-en-la-investigaci-n-por-el-fallecimiento-de-Santiago-Maldonado.html>)

Santiago no se arrojó a esas frías aguas por placer, ni por deporte. Lo forzó una conducta agresiva, previa y concomitante. La tipificación de una acción como delito, requiere la concurrencia de los elementos típicos. El reproche penal, la culpa, es estricta y el pragma conflictivo que presenta el escenario nos permite pensar en las siguientes conductas:

a) Pudo haber sido coaccionado de modo irresistible a arrojarse al agua. O haberlo hecho por intimidación por parte de los atacantes (gendarmes) pensando que evitaba un mal mayor. En este caso cabría investigar si los hechos conducen a una variante del homicidio doloso (art. 79 C.P) o preterintencional (art. 81.inc. b) C.P).

b) También se puede pensar en una hipótesis de abandono de personas (art. 106 C.P). Los gendarmes, que estaban a metros del sitio en donde se produce el hallazgo pudieron haberlo visto caer y no lo auxiliaron.

Ninguna de estas hipótesis fueron investigadas y Lleral concluyó – con cierta violencia retórica y faltando a la labor reconstructiva del hecho- que *“Cuando la simplicidad de las cosas es patente, sobrevuelan los sinsabores de la especulación espuria. El ser humano no puede detener su mente y su fantasía cuando la sencillez lo alcanza. Negase a ver la realidad es materializar lo absurdo y vivir en la mentira. En el mejor de los casos, es abrazar una quimera”*.

El asesinato de Rafael Nahuel “Rafita”

La misma noche en que se llevaba a cabo el velatorio de Santiago Maldonado, en 25 de Mayo (su ciudad natal, en la Provincia de Buenos Aires), la Prefectura asesinó a Rafael Nahuel (de 22 años de edad). Lo llamaban “Rafita” y pertenecía al “Alto” uno de los barrios más humildes de Bariloche.

El joven tuvo una infancia y adolescencia difícil, sus orígenes eran Mapuches, y en la encrucijada que le jugó la vida, decidió tomar el mejor de los rumbos y aprendió la profesión de carpintero, empezó a construirse una casa, también tenía una novia.

Una tía, lo introdujo a la tradición mapuche, y lo empapó en su pertenencia a partir de ello empezó a participar activamente de su cultura.

El conflicto sureño que se llevaría su vida, se dio a raíz de una ocupación en las tierras de la zona del Parque Nacional Nahuel Huapi lindera con el lago Mascaradi. No hay modo de saber cuántos mapuches ocupaban, pero con razón Mario Wainfeld comenta que *“no son ejército ni una repartición burocrática: ni pasan listas, ni se practican censos”⁴⁰*.

Parques Nacionales planteó plantea una denuncia. En razón de ello el juez federal Gustavo Villanueva ordenó el desalojo urgente. Parece que lo azaroso del velatorio de Santiago Maldonado y la muerte de Rafita, fue parte del azar, no así el momento político porque se correspondía a la oportunidad crear “la doctrina” que justificaría en adelante la letalidad de las fuerzas de seguridad.

La Prefectura, en Argentina, es una de las fuerzas que más intensamente participó en el terrorismo de Estado en la Dictadura Argentina. Cualidad que motivó que en épocas del kirchnerismo se confié mucho más en la Gendarmería que en la Prefectura.

Los Albatros de Prefectura conforman un cuerpo bélico de élite. Entre fusileros desbocados y disparos a mansalva y gritos por parte de los mapuches que ocupaban las tierras (que no eran gritos de código castrense sino voces de las que escuchaban cosas tales como “dejen de tirar, hay mujeres y chicos, están matando gente”), fue que descendieron dos mapuches (Fausto Jones Huala y Lautaro Alejandro González) quienes descendían cargando con el cuerpo de Nahuel “Rafita”, esto puso corte a la balacera y el malherido fue llevado al hospital, pero en vano porque murió.

Ante este panorama el juez Villanueva se aisló en un hotel situado a quinientos metros del teatro de operaciones, pero por

⁴⁰ Mario Wainfeld. *Estallidos Argentinos. Cuando se desbarata el vago orden en que vivimos. Ed. Siglo XXI. 2019.*

miedo o temor, nunca ingresó al predio y prefirió antes que mirar a los ojos a los mapuches, dejarse llevar por la leyenda tramada por la Casa Rosada y Lanata. Rafita había muerto por un proyectil que ingresó por el glúteo, y sus compañeros heridos lo fueron por la espalda, lo que puso en evidencia que los ocupantes se alejaban en actitud de escape y no de ataque, con lo cual la agresión de las fuerzas queda sin margen de justificación, no estaban repeliendo nada.

Nuevamente el Gobierno y sus medios orgánicos volverían al relato belicoso, en el que el enemigo era la RAM, acusada de dar curso a las hostilidades incipientes que abrieron el conflicto. En el relato los mapuches llevaban lanzas, armas de fuego y hasta máscaras antigás, fue la versión de Patricia Bullrich y la Vicepresidenta Gabriela Michetti, quien daría vuelta una de las más elementales presunciones del derecho penal diciendo que *“la Prefectura actuó en defensa propia”*. La ininteligible Vicepresidenta de la Nación Argentina, habló con absoluto desconocimiento de que *en un homicidio indubitado, le corresponde probar a su autor atenuante y eximentes*, de no poder acreditar los extremos que disminuyan la culpabilidad o demuestren que no la hubo, el sujeto activo queda sindicado como autor del delito.

La causa terminó dando una de las sentencias más bochornosas de la era macrista y el juez calificó la conducta de los prefectos como *“homicidio calificado en exceso de legítima defensa”*, la figura más leve que podía aplicar. Comentó esto sin adentrarme demasiado en el proceso, ni darle demasiado protagonismo a Leónidas Moldes, y Villanueva.

Y el fin de la historia es que a Nahuel lo enterraron en Bariloche, con el cuerpo cubierto por la bandera de la RAM y la camiseta de Boca, un final que poco tiene que ver con guerras imaginarias obrantes en la *paranoia ministerializada del gobierno que parece ser un ensayo Ceocrático en la Argentina*.

Conclusiones

El modelo punitivo desbocado ha vuelto en una fase planetaria preocupante por demás, con premisas antropológicas de terribles consecuencias en nuestras vidas.

La Argentina experimenta nuevamente un ensayo perverso, que nos interpela a nuestros esfuerzos intelectuales, que deben confirmar la vocación de lucha que tiene el derecho.

En las líneas antecedentes, se torna evidente que no es un esquema cómodo y la cabal comprensión de la problemática demanda una serie de esfuerzos e incorporación de otros saberes provenientes de la historia, la filosofía, la criminología sociopolítica, la criminología crítica, etc.

Esta fase superior del poder planetario acentúa las *tendencias de agresión inter específica* del homo sapiens por lo que al indagar sobre ello no vamos a encontrar simplemente respuesta en los tratados de derecho penal, o en manuales de sociología.

Los tiempos que corren nos colocan ante la consolidación de un poder hegemónico frente al cual debemos acelerar nuestro proceso crítico, y revalidar el pensamiento latinoamericano frente a estos embates.

Este poder se inclina por la coerción directa o administrativa, y se dedica a renovar la estructura de su discurso inquisitorial en razón del enemigo elegido, es decir que hoy en día podemos pensar en que todo ese volumen de conflictos no neutralizables del poder punitivo – como se dijo al principio del presente trabajo- corre riesgo de ser “muertes anunciadas”, ya que a partir de las muertes, tanto de Santiago Maldonado, como la de Rafael Nahuel, se advierte que la violencia estatal pasa a legitimarse por una “nueva doctrina” (abiertamente declarada por la Ministra Patricia Bullrich), según la cual directamente quiebra la diferencia entre poder punitivo y coerción directa administrativa y toda violencia para desbaratar al enemigo se vuelve legítima por vía de “necesidad” o de “legítima defensa”, un rol que le da a las agencias policiales y de seguridad una presunción favorable a la hora del disparo.

Aunque como conocedor del derecho administrativo, entiendo que olvida la vinculación negativa, es decir “lo que no está expresamente permitido al Estado le está prohibido” – lo mismo vale para los agentes policiales y los miembros de las fuerzas de seguridad que tienen deberes funcionales que no pueden exceder-, un postulado de permisión que la Ministra parece olvidar, como otras tantas cuestiones que los miembros del actual gobierno no comprenden o no quieren comprender.

Este humilde trabajo no puede – ni pretende parecerse- a ni siquiera a algunas páginas de la *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee, pero en el sí propongo avanzar hacia la construcción de saberes orientados a pensar discursos de contención que coadyuven a la acumulación necesaria para socializar la vocación a un verdadero proyecto de saber jurídico – político- penal y criminológico que se proyecte cautelarmente sobre el avance de las pulsiones regresivas al Estado policial en Argentina.

COMENTARIO A LEGISLACIÓN



Aguas

Juegos nocturnos
Juguemos al scrabel a la noche
en la lengua que prefieras
armemos palabras
con cabos sueltos del álbum familiar
con mi nombre por ejemplo
puedo escribir amor
y roma
y mano y mar y no -porque si quiero puedo
empezar diciendo que no a todo-.
Al final siempre
hay un culpable en el desorden
que habla alrededor pero
lo que nos pierde en el juego nocturno
es la oración al santo padre
porque distrae
del deseo grabado a fuego
en la letra maternal
cada falta nos inscribe de nuevo
y nos devuelve intactos de placer
tal como predicán las santas escrituras.

Autora: Norma Etcheverry

**Arte de la portada: Catalina Zerbino (ilustración)
Antonela Torretta (edición digital)**

Inconvenientes en la tipificación e investigación del delito de pornografía infantil (Artículo 128 del Código Penal Argentino)

Inconveniences in the typification and investigation of the crime of child pornography (Art. 128 of the Argentine Criminal Code)

Inconveniências na tipificação e investigação no crime de pornografia infantil (art. 128 do Código Penal Argentino)

Difficultés dans la caractérisation et dans l'investigation dans le délit de pornographie mettant en scène des enfants (article 128 du Code Pénal Argentin)

儿童色情制品打字和调查的缺点(阿根廷刑法第128条)

Pablo Gastón González¹ | Universidad Nacional
de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 299-316

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e308>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3582-5814>

Recibido: 17/06/2019

Aprobado: 19/07/2019

Resumen: El tipo penal de pornografía infantil (art. 128 C.P.), los alcances de la interpretación del mismo a la luz de las nuevas tecnologías, considerando las posibilidades de subsumir en dicho tipo acciones por demás diversas e inagotables, debido a la acelerada renovación tecnológica en

¹ Graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.; Auxiliar Docente de la Cátedra 1 de Derecho Penal 2 (Parte Especial) de la misma Casa de Estudio; Auxiliar Letrado de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

contraposición al avance de la normativa que debe regularla, siempre en el marco del respeto a la Carta Magna y a los principios rectores del Derecho Penal.

Palabras claves: Pornografía infantil - Tecnología - Tipo Penal – Interpretación

Abstract: The criminal type of child pornography (article 128 CP), its interpretation related to the new technologies, considering the possibilities of subsuming in that type several and inexhaustible actions, because of the accelerated technological renovation in opposition to the progress of the regulation, always respecting the Magna Carta and the guiding principles of Criminal Law.

Keywords: Child pornography – Technology- Criminal Type- Interpretation

Resumo: O tipo penal de pornografia infantil (art. 128 CP), o escopo da interpretação do mesmo à luz das novas tecnologias, considerando as possibilidades de subsumir nesse tipo ações muito diversas e inesgotáveis, devido à acelerada renovação tecnológica em oposição ao avanço dos regulamentos que devem regulamentá-lo, sempre no âmbito do respeito à Carta Magna e aos princípios orientadores do Direito Penal.

Palavras-chave: Pornografia Infantil - Tecnologia - Tipo Criminal – Interpretação.

Résumé: La catégorie pénale de pornographie enfantine (art. 128 CP), les limites de son interprétation à la lumière des nouvelles technologies, compte tenu des possibilités de rassembler sous cette dénomination les actions menées par d'autres, diverses et inépuisables, en raison du renouveau technologique accéléré en rapport aux progrès de la réglementation qui doit la contrôler, toujours dans le respect des principes de la Magna Carta et des principes directeurs du Droit Pénal.

Mot-clés: pornographie enfantine - technologie - type criminel - interprétation

摘要: 犯罪类型的儿童色情制品(第128条CP), 根据新技术对其进行解释的范围, 考虑到由于加速的技术更新, 其他人可以将这种类型的行动归咎于其他多样化和取之不尽用之不竭的行为. 与必须对其进行管理的法规的推进相反, 始终在尊重“大宪章”和“刑法”指导原则的框架内.

关键字: 儿童色情, 技术, 刑事类型, 解释

I. Introducción

Este trabajo tiene como objeto analizar las actuales problemáticas que posee la tipificación del artículo 128 del Código Penal, con relación a los principios y pilares del Derecho Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto a su razonabilidad al momento de su aplicación.

También abordaré los inconvenientes que se presentan tanto en su tipificación, como los que acontecen durante las investigaciones de este delito, atento a los consecuentes avances informáticos y las nuevas tecnologías que se desarrollan día a día.

Sumado a ello, es una temática poco abordada por la doctrina nacional, y un tema sin tanto compromiso por parte del legislador, ya que hoy en día aún se encuentra pendiente de trato en la Cámara Alta Nacional de la “Convención de Budapest”, lo cual recibirá un mayor análisis luego.

Todo ello ligado a lo que representa para la sociedad en común estos actos que involucran a menores, con la respectiva carga moral.

II. Fundamentos del actual artículo 128 del Código Penal

Como lo desarrolla el doctor Marcos Salt², “[a] nadie escapa la enorme influencia que ha alcanzado la informática en la vida diaria de las personas y la importancia que tiene su progreso para el desarrollo de un país”, y continúa “[j]unto al avance de la tecnología informática y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, ha surgido una serie de comportamientos disvaliosos antes impensables y en algunos casos de difícil tipificación en las normas penales tradicionales sin recurrir a aplicaciones analógicas prohibidas por el principio de legalidad”, de aquí y con dicho precedente en la historia, surgen los denominados delitos informáticos, que son una nueva forma

² SALT, Marcos G.: *Informática y delito*; Revista jurídica del Centro de Estudiantes; Buenos Aires, septiembre 1997, pág. 6.

delictiva, totalmente desconocida para la sociedad, y dentro de ellos, el que se va a abordar en este trabajo, la pornografía infantil, que fuera legislado por nuestro Estado en el actual artículo 128 del código de fondo.

Según surge del dictamen de las comisiones de comunicaciones e informática y de legislación penal de la Cámara de Diputados de la Nación respecto al proyecto de ley (expediente n° 5864-D-2006; actual ley 26388), donde se fundamenta que “es evidente la enorme influencia que ha alcanzado la informática en la vida diaria de las personas y organizaciones, y la importancia que tiene su progreso para el desarrollo de un país. Sin embargo, junto al avance de la tecnología informativa ha surgido una serie de comportamiento ilícitos llamados genéricamente delitos informáticos” [...] “El vacío legal existente en nuestro derecho y el consecuente marco de inseguridad jurídica que ello generaba, nos condujeron a evaluar la necesidad de crear una legislación que proteja jurídicamente la integridad y disponibilidad de la información”.

Tal decisión se vislumbra en otras legislaciones comparadas “considerando necesario mencionar, que en la actualidad europea se impuso mayoritariamente la reforma de los textos legales (impulsada por el Consejo de Europa), de modo de contemplar la protección penal de los datos y sistemas informáticos. Esta tendencia también se advierte en la legislación penal americana y latinoamericana”.

En este proyecto de ley se prevé la inclusión de la “Pornografía Infantil” como uno de los delitos informáticos posibles. Se argumenta su incorporación en atención a la realidad social actual, como en vista de las nuevas normativas internacionales.

Se establece que “la pornografía infantil no es un hecho nuevo, en tanto realidad social, el desarrollo de la tecnología ha permitido un aumento de la problemática”, sumado a lo estipulado en diversos instrumentos internacionales, los cuales el Estado Argentino ha incorporado a su propia legislación interna, como la Convención sobre los Derechos del Niño (RA Ley 23849), junto a su Protocolo Facultativo relativo a la Venta

de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (RA Ley 25763) y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (RA Ley 25179).

En este Protocolo, se argumenta en su dictamen, haciendo referencia al Preámbulo de dicho Instrumento, “la profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables, ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y su prostitución” sumado a “la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena 1999) y, en particular sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, hacen imprescindibles un tratamiento específico por parte de los Estados”.

Con dichos fundamentos, las diversas Comisiones encontraron en este proyecto una adecuación de nuestra legislación interna a los estándares internacionales y a las situaciones que se daban en el territorio Argentino.

Pero en nada soluciona otras problemáticas que siguen subsistiendo y que a lo largo del presente trabajo desarrollaré.

III. El artículo 128 del Código Penal y sus tipos penales

La Ley 26388 sustituye completamente el artículo 128 del Código Penal, contemplando varios tipos penales dentro suyo, individualizados en sus tres párrafos, comprendiendo varias acciones y abarcando diversos medios comisivos, incluyendo a los que nos llevan a la problemática que vengo a desarrollar, como lo son las nuevas tecnologías.

Artículo 128: “Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor

de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”.

Como lo refieren Martin Carranza Torres, Macarena Pereyra Rozas y Horacio Bruera, con esta descripción en la cual se ha optado por la palabra “representación”, queda comprendida cualquier imagen simulada en la que se tenga como objeto a un menor de 18 años de edad, dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales.

Con las posibilidades que brindan los actuales dispositivos tecnológicos, los que permiten manipular cualquier imagen sin contenido sexual alguno en la cual participan menores de edad, y convertirla en representaciones gráficas con significado sexual. También se pueden editar imágenes donde participan personas mayores de 18 años de edad, y de todas maneras utilizando estas tecnologías, se puede hacer creer a quienes accedan de alguna u otra forma a dichas imágenes, que se han utilizado menores.

¿Qué ocurre si no podemos dar con el supuesto menor agraviado en estas representaciones?, ¿debemos considerar configurado

dicho tipo penal?. Si no estamos ante un sujeto pasivo al cual se lo ha “violentado” de alguna de las formas descriptas en este artículo 128, ¿se puede decir que existe delito al cual se deba penar?.

¿Cuál es el bien jurídico protegido?, ¿se intenta proteger a la comunidad de niños?. Aquí el sujeto que se quiere proteger es el propio menor, no a todos en su generalidad, como en la mayoría de los delitos de este código penal. Es a la víctima a quien se le da tutela al respecto, ya que no podemos defender la idea de que con “encarcelar” a un distribuidor –por ejemplo-, se está protegiendo a todos los menores del mundo, ya que dicha lógica puede habilitar la persecución del simple consumidor, con el argumento de que “eliminando a éste, no hay más comercio”.

De la redacción del artículo en cuestión, podemos ver que el legislador intentó abarcar todas las variables posibles de cómo perpetrar dicho “injusto”, en pos de la protección de niños y adolescentes. Pero de todas formas, considero que no es la mejor forma de legislar, ya que deja términos imprecisos que cercenan el principio de legalidad, como por ejemplo al establecer “por cualquier medio”, volviendo a caer en el error del tercer párrafo del anterior artículo 119 del mismo código, cuando establecía “por cualquier vía”. Pienso que, de esta manera, la actual redacción del art. 128 del C.P. , intenta incluir dentro de dicho tipo a todos los medios tecnológicos que nos podamos imaginar y que en el futuro surjan, ya que la tecnología avanza de una forma tan acelerada que es cuestión de semanas o meses para estar ante una nueva forma de comunicación (siempre y cuando consideremos que “medio” se encuentra ligado a comunicación, que a mi parecer, es lo más lógico).

Ahora bien, ¿por qué se eligió como edad de protección al menor de 18 años? Teniendo en cuenta que la realidad social actual demuestra que el conservadurismo que poseen parte de los legisladores argentinos está perdiendo terreno, ya no tiene la misma aceptación la ideología conservadora que predominaba en Argentina cuando se sancionó el Código Penal -1921- que a la actualidad.

Hoy en día el tabú sobre el sexo, y el miedo de hablar sobre el tema se está perdiendo, es la “juventud” la que toma la posta y permite que sea un tema de conversación constante. Con ello quiero llegar a que la realidad social demuestra que, cada vez de una manera más precoz, los chicos se inician sexualmente, y que junto a la explosión y constante avance de las denominadas “redes sociales” se ha provocado la adopción, como cotidiano, del “publicar” o “divulgar” todo lo que uno hace diariamente, hasta cada relación sexual coital.

Suele suceder que los jóvenes se filman y se sacan fotos que, en muchos de los casos, comparten por la red social “Whatsapp” u otras similares. Analizar el porqué de ello, considero que merece mucha más profundidad desde la sociología y psicología.

Pero la problemática aquí, es saber qué pasa en estos casos, donde son los mismos individuos los que comienzan divulgando su propia intimidad, a través de material pornográfico –ya sea videos o fotografías-. Desde aquí surge el punto de partida a un abanico de posibilidades, con dificultades en su análisis, debiendo considerar las edades de los individuos, ya que no es lo mismo si éstos tienen 15 años, o 17; o si uno tiene 17 y el otro 18 años.

En este punto, puede ocurrir que, por ejemplo, una chica de 16 años se filme, ella misma, desnuda y masturbándose. Luego, que dicho video se lo envíe a su novio de 15 años o menos, quien a su vez se lo muestre a su grupo de amigos de igual edad, hasta que se haga “viral” en las redes sociales (como ha ocurrido).

¿Quién es el responsable penal aquí? Según nuestra ley penal, todo aquel mayor de 16 años, y con ello, la misma chica ¿es responsable? Su novio a simple vista no, y sus amigos de la misma edad que lo hicieron viral, tampoco. Todos estos interrogantes y problemas surgen hoy en día, y mientras más avancen y se expandan las tecnologías, mayores serán los problemas a afrontar. Antes, acceder a una cámara y tener que “revelar las fotografías” reducía las posibilidades, pero hoy en día, casi

todos tienen una cámara en sus manos, y no es difícil que en cuestión de minutos se vuelva mundialmente conocido el material. Asimismo se presentan los problemas de la franja etaria que trabajé anteriormente, donde no puede el tipo penal del artículo 128 aplicarse sin más, existiendo los interrogantes que ya he planteado.

Por su parte, el derecho penal no debe dar protección, sino que debe actuar cuando las herramientas de protección no funcionaron, y se debe punir a los responsables de dicha transgresión.

Sumado a ello, el actual artículo 128 fue nuevamente modificado recientemente y se ha tomado la decisión de penar la simple tenencia para consumo personal de dicho material con connotación sexual (ley 27.438 B.O. 23/4/2018), esto a mí criterio violatorio del principio de reserva que ostenta nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional, pero ello viene en consonancia para con la Comunidad Internacional que considera que dicha acción es y debe ser punible, ya que –como se refiere en la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT”- la sola posesión “de este tipo de material podría fomentar el abuso sexual de menores”. Estableciendo en realidad un estado de futurología en el cual concretamente se pena con el objeto de prevenir, ya que la materia en debate es moral y socialmente reprochable.

Esto ha logrado que diversos autores se planteen “extender el concepto de “pornografía infantil” hasta estadios previos alejados de la libertad sexual y próxima a concepciones “moralistas” sobre las tendencias sexuales, criminalizando el consumo personal de pseudopornografía o pornografía pseudoinfantil, o bien ampliando el número de operadores a los que atribuir responsabilidad penal por su aportación directa o indirecta al hecho”.

Sentado ello, y atento al contenido del último párrafo de dicho artículo 128, encontramos la tipificación del delito de “suministrar material pornográfico a menores de 14 años”; como lo trabaja el doctor Marcelo Riquert, aquí se pena a quienes crean y mantengan el sitio web que “suministra” dicho material,

todo ello, por no dar las seguridades necesarias, a través de filtros que impedirían el acceso de estos menores de 14 años al material pornográfico que proporciona su sitio web.

Aquí se me generan diversos interrogantes, respecto de si los “titulares” de las páginas web son 100% responsables de este acceso que los menores realizan a su sitio, ya que los filtros que se puedan proporcionar desde éstos, pueden ser sobrepasados por quien navegue por la web. Así nos encontramos tras una computadora donde no se requiere un documento de identidad para ingresar, ni se ve quién está frente al monitor (todo ello para dar certeza en la edad de “cibernauta”), lo que nos lleva a una dificultad bastante seria, como es suponer, en todos los casos, que la responsabilidad es 100% de los proveedores de dicho contenido.

Esta responsabilidad creo que resulta ser en conjunto con los progenitores y/o tutores de los menores que acceden fácilmente a una computadora con acceso a internet. Los filtros deben también encontrarse en el ordenador utilizado desde la casa del “menor”; son sus guardadores los que deben brindar la protección que tengan a su alcance con el objeto de que sus hijos, sobrinos, nietos, etc. no accedan a material pornográfico –entre otros-.

Por ello, que se establezca un tipo penal que continúe atribuyendo plena responsabilidad (con su consecuente pena) a quienes pudieron haber realizado todo lo que tenían a su alcance, pero que de todas formas sus seguridades fueron sobrepasadas, me parece absurdo.

Ampliar de formas indiscriminadas el actuar del derecho penal, sobre casos en las cuales se debió evitar desde otros estratos, como lo es la familia, como es el control que debe hacerse sobre el uso de una computadora y en especial de internet, por parte de quien tiene la guarda sobre el o los menores, es el camino que debe comenzar a transitarse.

El Derecho Penal no es la “herramienta” que va a dar respuestas y soluciones a todo lo que nos resulte injusto, feo y reprochable, ya que existen muchas otras alternativas antes de llegar a la sanción penal.

IV. Normativa internacional al respecto

Como se ha mencionado previamente, diversos Instrumentos Internacionales han receptado la presente problemática que se va originando con los constantes avances tecnológicos, provocando inconvenientes a la hora de su investigación y en la correcta tipificación del delito, ya que la realización de estas acciones cobra una dimensión internacional, superándose tanto las fronteras de este país, como las de cualquier otro.

El artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, con el fin de encontrar una definición uniforme y global de esta situación que se presenta en todo el mundo, define a la Pornografía Infantil como “toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

A todo ello, debo mencionar el artículo 9 de la Convención de Budapest referente a la temática en trato:

“Artículo 9 – Delitos relacionados con la pornografía infantil

1. Cada Parte adaptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
- b. la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- d. la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático;
- e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.

2. A los efectos del párrafo 1 anterior, se entenderá por “pornografía infantil” todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b. una persona que parezca un menor adaptando un comportamiento sexualmente explícito;
- c. imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

3. A los efectos del párrafo 2 anterior, se entenderá por “menor” toda persona menor de 18 años. Las Partes podrán, no obstante, exigir un límite de edad inferior, que deberá ser como mínimo de 16 años.

4. Las Partes podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los apartados d) y e) del párrafo 1 y los apartados b) y c) del párrafo 2”.

Este modelo impuesto por la Convención de Budapest, fue copiado por otras legislaciones, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños y la Ley Modelo de la Commonwealth, -según surge de la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT”-. Dichos textos son similares, lo que refleja cómo se busca la uniformidad de la legislación con relación a esta temática (entre otras, en las cuales interviene la utilización de las nuevas tecnologías).

Esta Convención posee también normativa destinada a la conservación de datos informáticos y cooperación internacional, que dan pautas básicas y necesarias, con el fin de expandir al mundo completo una preocupación, en situaciones como estas, donde comúnmente se traspasan las fronteras políticas de los Estados para perpetrar las acciones previamente tipificadas.

En la definición que nos da la Convención de Budapest, se emplean términos que dificultan su aplicación, como por ejemplo, no sólo lo ya abordado respecto a criminalizar la simple tenencia, sino perseguir toda representación en la cual el sujeto “parece” un menor, pero que en realidad no lo es, aplicando analogía,

con la incertidumbre jurídica que esto acarrea, y dentro de una rama del derecho que resulta ser la más coactiva.

También en el Protocolo Facultativo poseemos inconvenientes como el de identificar como pornografía infantil a toda actividad sexual explícita, ya sean estas “reales o simuladas”, ya no importa si en la simulación hay un perjuicio, si existen dudas se presume que sí, con ello se prefiere dejar de lado toda discusión respecto a si es necesario que haya concretamente un disvalor al normal desarrollo sexual del niño –en general-.

Con todo lo abordado, se ve la importancia que representa esta temática para la Comunidad Internacional, con el objeto de evitar dejar fuera de toda tutela, cualquier intento o real y concreto menoscabo del niño, niña o adolescente, pero todo ello no debe dejar de lado los principios básicos y elementales del Derecho Penal, y las definiciones que se van a utilizar en la tipificación de las conductas disvaliosas a punir.

V. Las nuevas tecnologías utilizadas

El desarrollo de las comunicaciones y la nueva digitalización de la tecnología, lleva a generar preocupación en diversos Estados, porque ello crea el riesgo de que eventualmente se las pueda utilizar con fines ilícitos, existiendo una tensión entre la seguridad y la privacidad, que plantea la urgente necesidad de dar una respuesta, a través de un marco legal que pueda dar equilibrio sin violentar la libertad expresión, el secreto y la privacidad proporcionada por las distintas vías de comunicación.

En la “Guía para los Países en Desarrollo de la UIT” se hace referencia a que “la internet se está convirtiendo en el principal instrumento para el comercio e intercambio de material con pornografía infantil. Las principales razones de este desarrollo son la velocidad y eficacia de Internet para la transferencia de ficheros, los reducidos costes de producción y distribución y la sensación de anonimato. Las fotos que se publican en una página web son accesibles por millones de usuarios del mundo,

que pueden descargarlas. Una de las razones más importantes del ‘éxito’ de las páginas web que contienen pornografía, incluida la infantil, es que el usuario de Internet se siente menos observado desde su casa mientras descarga material de Internet. A no ser que los usuarios recurran a mecanismos para la comunicación anónima, la impresión de que no deja rastros es falsa. Lo que sucede es sencillamente que la mayoría de los usuarios desconocen las huellas electrónicas que dejan cuando navegan por Internet”.

Esta es la realidad que hoy en día atraviesan los Estados a nivel de sus tres poderes, con el fin de “luchar contra el cibercrimen”. Desde el Poder Legislativo, del cual emana la actual legislación vigente y la futura, que vendrá a resolver las problemáticas que generen los avances tecnológicos con el actual derecho en uso; el Poder Ejecutivo haciendo respetar dicho derecho, que muchas veces genera confusión a los mismos operadores; y el Poder Judicial, que debe “navegar” en estas aguas poco conocidas y por demás conflictivas.

Día a día la tecnología avanza, se necesitan –en muchos casos- horas para que un nuevo software nazca y supere a su predecesor, o que los mismos hardware sean modificados y lanzados mundialmente a la venta, a los cuales puede acceder cualquier consumidor en cualquier punto de este planeta. Esto es lo que ha generado la globalización con las nuevas formas de telecomunicación, un mundo hiperconectado, donde distancias inalcanzables hace más de 50 años, hoy se hacen posible con un solo “click”.

Las fronteras estatales virtualmente ya no existen -me tomo el atrevimiento de decir-, ya que en este momento desde mi casa en la Ciudad de La Plata (Provincia de Buenos Aires, República Argentina), puedo disfrutar de un recital en vivo de The Rollings Stones en Tokio –Japón-, sin la molestia de tomar un vuelo y viajar por más de 15 horas hasta dicho destino, con la ventaja de no tener que utilizar mi pasaporte, ni lidiar con las autoridades aeroportuarias de Japón.

Este mundo hiperconectado en el cual nos toca vivir, genera en el derecho más interrogantes que respuestas.

Nuestro derecho vigente, hoy en día se encuentra intentando adaptarse a las actuales tecnologías que comúnmente se utilizan en este suelo, pero son estas mismas tecnologías las que en este preciso momento -en otro punto de este mundo- son consideradas “obsoletas”, mientras aquí seguimos hablando de la transmisión de datos por “Bluetooth”, en otros lugares del planeta, van un paso más adelante y se refieren a la transmisión de datos por “AirDrop”, o por frecuencias alternas en el aire -entre otras posibilidades-.

Estas nuevas tecnologías que se van desarrollando actualmente, les da a sus usuarios, cada vez mayores posibilidades de realización de lo que a estos se les ocurra, casi sin límites. Tal es el caso, que hoy se pueden llevar a cabo rodajes de películas, sin inconvenientes, si alguno de los actores principales llegara a fallecer, como ha sido el caso de dos películas taquilleras de Hollywood, “The Hunger Games: Mockingjay – part 1”, y “Fast & Furious 7”, donde a través de diversos software y hardware se recrea la idéntica imagen de sus protagonistas.

Tal situación que parece una ayuda, puede traernos problemas: qué pasaría si en una video filmación con contenido pornográfico, se recreara la imagen de un menor de edad realizando actos sexuales, siendo esta una de las muchas otras problemáticas que traen las nuevas tecnologías a este mundo.

Asimismo estas nuevas tecnologías poseen ventajas para las investigaciones jurisdiccionales que se susciten, dándole las herramientas necesarias a las fuerzas de investigación que se encuentran a cargo de brindar a los operadores judiciales la información y elementos necesarios para llevar adelante el respectivo proceso penal.

Existen dispositivos que permiten una mayor seguridad a las partes que intervengan en las pericias que se lleguen a desarrollar tanto sobre computadoras, celulares, video filmaciones, fotografías y audios, entre otros.

El poder “secuestrar” un Smartphone de las manos de su titular, y ponerlo en bolsas especialmente fabricadas para bloquear toda señal que pueda recibir el dispositivo, para evitar su manipulación durante la cadena de custodia, y hasta su posterior pericia (en la cual, con la ayuda de un software se puede copiar exactamente todo su contenido –hasta aquel que haya sido borrado de la memoria del mismo-, sin alteración alguna sobre esta prueba), son desafíos por los que se transita hoy en día, aquí donde vivimos, y gracias a estas nuevas tecnologías. De tal forma, se puede llegar a resolver una investigación, sin poner en jaque tal evidencia, en muchos casos, necesaria para la investigación y con el debido respeto de las garantías constitucionales y convencionales.

Otro de los desafíos actuales, es la Cooperación entre Estados en momentos de la investigación donde se necesita información sobre usuarios de diversas cuentas y/o redes sociales (Facebook, Twitter, Hotmail, Yahoo, Gmail, etc.) que poseen sus oficinas en el exterior, y que se encuentran bajo la órbita de otro ordenamiento jurídico con diferentes procedimientos internos. Ello es lo que ocurre actualmente con los Estados Unidos de América, donde se encuentran la casi totalidad de estas oficinas, debiendo exhortarlas para requerirles la información necesaria y, en muchos casos, urgente. Pero de todas formas hay que atarse a los tiempos burocráticos que ello demanda, existiendo incluso la posibilidad de que no respondan, atento a que sus “políticas” no lo permiten, o bien el ordenamiento que los regula les da la posibilidad de omitir dicha colaboración, con la finalidad –a mi criterio- de demostrar poderío por sobre el solicitante.

Por todo ello es de vital importancia una legislación uniforme que permita dar regulación a la cooperación internacional, sin que los Estados consideren que se ve amedrentada o disminuida su “soberanía”, preponderando el resguardo de diversos bienes jurídicos, como aquellos que he desarrollado a lo largo de este trabajo: los menores y su normal desarrollo sexual.

VI. Conclusión

Como he anticipado a lo largo del presente trabajo, nuestra legislación aún no se encuentra preparada para la realidad que atraviesa nuestro mundo –del cual el Estado Argentino necesariamente es parte- en virtud de las nuevas tecnologías existentes, y de los avances tecnológicos por venir –mañana, pasado, o dentro de unos meses-.

Los operadores técnicos del derecho y demás agentes en relación directa o indirecta con esas cuestiones –y/o problemáticas-, se encuentran en un “limbo” en el cual es difícil dar respuestas, aplicando el derecho vigente, que permitan satisfacer las situaciones de casos reales que se les presentan a diario (denuncias de estafas informáticas, pornografía infantil, etc.)

Debemos tomar –o mejor dicho, los legisladores nacionales deben tomar- como norte, el tratamiento de estas cuestiones en su agenda, con el fin de darle un estudio serio y comprometido a la “Convención sobre la Ciberdelincuencia” (Budapest 23.XI.2001), como instrumento internacional rector de la presente temática y demás problemáticas en dicho campo.

El mundo tan hipervinculado en el que vivimos, que nos da la sensación de vivir todos tan cerca, como en una pequeña aldea –una aldea global-, nos afronta diariamente a nuevas situaciones, en las cuales es complicado que el derecho acompañe a la par. No obstante, creo yo que sí es posible delinear un marco o parámetros de trabajo que eviten las dificultades que hoy en día existen en este campo de estudio.

Como fue el objeto de este trabajo, el menor de edad es un sujeto al que se lo debe resguardar de situaciones a las cuales no está preparado por su inmadurez, y que pueden lograr condicionarlo para el resto de su vida, ya que los primeros momentos de vida son los que van formando la psiquis de éste.

Igual dicha protección debe encontrarse dentro del marco que nos da la Constitución, junto a los diversos Instrumentos Internacionales incorporados a la misma, con el objeto de no

violentar garantías importantes, como el principio de legalidad, bajo el pretexto de querer proteger a todos los menores del mundo.

VII. Bibliografía

- FARRÉS, Pablo (2008). La reforma de la ley 26388 al Código Penal. Los nuevos delitos informáticos; Jurisprudencia Argentina, Fascículo 2.
- CARRANZAS TORRES, Martín; PEREYRA ROZAS, Macarena y BRUERA, Horacio (2008). La Ley de Delitos Informáticos 26388; Jurisprudencia Argentina, Fascículo 7.
- PALAZZI, Pablo A. (2006): Breve comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos; Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 8.
- RIQUERT, Marcelo Alfredo (2008) Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial; Tomo 4 (Artículos 97/133 Parte Especial); David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni; Hammurabi.
- (2009): Delincuencia informática en Argentina y el Mercosur; Copyrgh Editor AR S.A., Buenos Aires.
- SALT, Marcos G. (1997). Informática y delito; Revista jurídica del Centro de Estudiantes; Buenos Aires, septiembre.
- Antecedentes Parlamentarios (2006). Dictamen de las comisiones de Comunicaciones e informática y de Legislación Penal de la Cámara de Diputados al proyecto de ley sobre Código Penal, delitos contra la integridad sexual y la privacidad; La Ley, Tomo 2006-B.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (2009). El Cibercrimen: Guía para los Países en Desarrollo; Proyecto de abril de 2009.

La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema Constitucional argentino. Análisis de las competencias y la jerarquía de las normas en materia de educación superior¹

The autonomy of National Universities in the Argentine constitutional system. Analysis of competences and the hierarchy of norms in the field of higher education

A autonomia das universidades nacionais no sistema constitucional argentino. Análise das competências e a hierarquia das normas no campo do ensino superior

L'autonomie des Universités Nationales dans le Système constitutionnel argentin. Analyse des compétences et de la hiérarchie des normes dans le domaine de l'enseignement supérieur

阿根廷宪法体系中国立大学的自治权. 高等教育领域标准的能力与等级分析

Leandro Abel Martínez² | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 317-387

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e309>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4594-2328>

Recibido: 08/06/2019

Aprobado: 04/08/2019

¹ La presente contribución se basa en el trabajo final presentado en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a mi amigo y colega Diego A. Dolabjian las discusiones mantenidas durante la elaboración de este trabajo.

² Abogado (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Profesor Adjunto (I), en la cátedra del Prof. Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, Facultad de Derecho (UBA). Consejero Directivo Facultad de Derecho (UBA) en los períodos: 2016-2018 y 2018-2020. Correo: lamartinez@derecho.uba.ar.

Resumen: La reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales en el propio texto de la Constitución Nacional. Antes de la reforma, se sostenía en general que las universidades nacionales gozaban solamente de autarquía. Producto de la reforma de 1994, se plantea el desafío de definir el alcance de la cuestión, toda vez que la constitución no explicita la significación de la autonomía de las universidades nacionales, ni el conjunto de competencias que son resultado de ésta. Sin embargo, el término presenta el problema de los conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que sus límites no están precisados con exactitud en el enunciado constitucional. A esta dificultad se agrega el hecho normativo de que, al mismo tiempo, el Congreso de la Nación posee la facultad de dictar leyes en materias de educación superior. Frente a este panorama, se puede advertir que la autonomía universitaria debe convivir con las atribuciones del órgano legislativo, y viceversa. En este trabajo me propongo delimitar el ámbito y el rango de las normas legales que corresponde sancionar al Congreso Nacional en virtud de la competencia atribuida por el artículo 75, inciso 19. También indago las normas estatutarias que corresponde dictar a las universidades nacionales en razón de la autonomía reconocida en la misma disposición constitucional, como así también su ubicación en el sistema jurídico

Palabras claves: Autonomía Universitaria. Constitución nacional. Jurisprudencia

Abstract: The 1994 constitutional reform enshrined the autonomy and autarchy of national universities in the text of the National Constitution. Before the reform, it was generally held that national universities enjoyed only autarchy. As a result of the 1994 reform, the challenge is to define the scope of the question, every time the constitution does not make explicit the significance of the autonomy of the national universities, nor the set of competences that result from it. However, the autonomy presents the problem of indeterminate legal concepts, in the sense that their limits are not precisely specified in the constitutional enunciation. To this difficulty is added the normative fact that, at the same time, the Congress of the Nation has the faculty to dictate laws in matters of higher education. Against this backdrop, it can be seen that university autonomy must coexist with the powers of the legislative body, and vice versa. In this work I propose to delimit the scope and range of the legal

norms that correspond to sanction the National Congress by virtue of the competence attributed by article 75, paragraph 19. I also investigate the statutory norms that correspond to dictate to the national universities due to the autonomy recognized in the constitutional provision itself, as well as its location in the legal system.

Keywords: University Autonomy. National Constitution. Jurisprudence

Resumo: A reforma constitucional de 1994 consagrou a autonomia e a autarquia das universidades nacionais no texto da própria Constituição Nacional. Antes da reforma, se considerava geralmente que as universidades nacionais só gozavam de autarquia. Produto da reforma de 1994, surge o desafio de definir o escopo da questão, toda vez que a constituição não explica o significado da autonomia das universidades nacionais, nem o conjunto de competências que dela resultam. No entanto, o termo apresenta o problema dos conceitos jurídicos indeterminados, no sentido de que seus limites não são especificados exatamente na declaração constitucional. A essa dificuldade adiciona-se o fato normativo de que, ao mesmo tempo, o Congresso Nacional tem as faculdades de promulgar leis em matéria de ensino superior. Frente deste panorama, pode-se notar que a autonomia universitária deve coexistir com os poderes do corpo legislativo e vice-versa. Neste trabalho pretendo delimitar o escopo e a categoria das normas jurídicas que correspondem sancionar ao Congresso Nacional em virtude da competência atribuída pelo artigo 75, parágrafo 19. Investigo também as normas estatutárias que devem ser ditadas pelas universidades nacionais em razão da autonomia reconhecida na mesma disposição constitucional, como assim também sua localização no sistema legal.

Palavras-chave: Autonomia Universitária. Constituição nacional Jurisprudência.

Résumé: La réforme constitutionnelle de 1994 a inscrit l'autonomie et l'autarcie des universités nationales dans le texte de la Constitution Nationale. Avant la réforme, il était généralement admis que les universités nationales ne jouissaient que de l'autarcie. À la suite de la réforme de 1994, le défi consiste à définir la portée de la question, car la Constitution n'explicite pas le cadre de l'autonomie des universités nationales ni l'ensemble des compétences qui en découlent. Toutefois, le terme pose le problème des concepts juridiques indéterminés, en ce

sens que ses limites ne sont pas spécifiées exactement dans l'énoncé constitutionnel. À cette difficulté s'ajoute le fait normatif que, parallèlement, le Congrès national est habilité à adopter des lois en matière d'enseignement supérieur. Dans ce contexte, il convient de noter que l'autonomie des universités doit coexister avec les attributions du corps législatif, et viceversa. Dans le présent document, j'entends délimiter le champ et l'étendue des normes juridiques qui incombent au Congrès national au titre des compétences qui lui sont attribuées par l'article 75, paragraphe 19. J'étudie également les normes statutaires que doivent rédiger les universités nationales en raison de l'autonomie reconnue dans la même disposition constitutionnelle, ainsi que leur place dans le système juridique.

Mot-clés: Autonomie universitaire. Constitution nationale. Jurisprudence

摘要: 1994年的宪法改革在国家宪法本身的文本中规定了国立大学的自治和专制。在改革之前，人们普遍认为国立大学只享有专制。由于1994年的改革，挑战在于确定问题的范围，因为宪法没有解释国立大学自治的重要性，也没有解释由此产生的一系列能力。然而，该术语提出了不确定的法律概念问题，因为它的限制没有在宪法声明中明确规定。对于这一困难，增加了一个规范性事实，即同时国民议会有权在高等教育问题上制定法律。在此背景下，可以注意到大学自治必须与立法机构的权力共存，反之亦然。在本文中，我打算界定与根据第75条第19款所赋予的权限制裁国民议会相对应的法律规范的范围和范围。我还调查了必须由国家大学规定的法定规范。自治权在同一宪法条款中得到承认，以及在法律制度中的地位

关键字: 大学自治, 国家宪法, 法理学

I. Introducción

1.1. Tema y breve marco teórico

La reforma constitucional de 1994 consagró la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales en el propio texto de la Constitución Nacional (en adelante CN). Concretamente, tales atributos se introdujeron en el artículo 75, inciso 19, párrafo 3. Mediante este enunciado, conocido como "cláusula

del nuevo progreso”, se encomienda al Congreso Nacional “Sancionar leyes de organización y de base de la educación (...) que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

Antes de la reforma, por un lado, se sostenía en general que las universidades nacionales gozaban solamente de autarquía, es decir, la facultad de regularse a sí mismas en sus aspectos administrativos, económicos y financieros. Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia les reconocían una autonomía sólo limitada a los aspectos elementales del quehacer académico. De este modo, se presentaba una mirada acotada del concepto de “autonomía”.

Producto de la reforma de 1994, se plantea el desafío de definir el alcance de la cuestión, toda vez que la CN no explicita la significación de la autonomía de las universidades nacionales, ni el conjunto de competencias que son resultado de ésta. Básicamente, se entiende que la autonomía supone la atribución de un ente para darse sus propias normas y órganos de gobierno. Sin embargo, el término presenta el problema de los conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que sus límites no están precisados con exactitud en el enunciado constitucional. A esta dificultad se agrega el hecho normativo de que, al mismo tiempo, el Congreso de la Nación posee la facultad de dictar leyes en materias de educación superior. Ello surge del citado artículo 75, tanto del ya citado inciso 19 como del 18, que lo faculta a dictar “planes de instrucción general y universitaria”. Frente a este panorama, se puede advertir que la autonomía universitaria debe convivir con las atribuciones del órgano legislativo, y viceversa.

1.2. Hipótesis y objetivos

En este trabajo me propongo delimitar el ámbito y el rango de las normas legales que corresponde sancionar al Congreso Nacional en virtud de la competencia atribuida por el artículo

75, inciso 19. También indago las normas estatutarias que corresponde dictar a las universidades nacionales en razón de la autonomía reconocida en la misma disposición constitucional, como así también su ubicación en el sistema jurídico.

Los objetivos son los siguientes:

- 1) Describir el marco constitucional y legal de las universidades públicas.
- 2) Delimitar las competencias de las universidades nacionales y del Congreso de la Nación en materia de educación superior.
- 3) Establecer el nivel de jerarquía de las normas que son creadas en ejercicio de las competencias referidas en el punto anterior.

Sostengo que el Congreso puede definir el modelo educativo universitario y, por lo tanto, dictar –por ejemplo– la Ley de Educación Superior (en adelante LES), pero la autonomía universitaria consagrada por la CN genera un núcleo irreductible sobre el cual el Congreso no puede intervenir. En lo relativo a esa esfera propia de competencias, los estatutos universitarios sólo deben acatamiento a la Constitución y a los tratados internacionales con jerarquía constitucional. A esto se suman lo que podrían denominarse “competencias concurrentes” entre el Congreso y las universidades públicas.

Estas últimas surgen de la conjugación de la autonomía universitaria con la potestad del Congreso de sancionar leyes de organización y de base de la educación y dictar planes universitarios. La categoría concurrente es utilizada con frecuencia por la doctrina constitucional para explicar algunas tareas que deben realizar de manera conjunta los poderes federales y provinciales. Independientemente de la utilización teórica del término “competencia concurrente”³, aquí entiendo que por mandato constitucional hay ciertos temas en los cuales

³ Considero que sería más adecuado hablar de “competencias complementarias” para explicar este tipo de relaciones entre el Congreso y las universidades.

el Congreso establece el marco general de políticas públicas universitarias y las universidades nacionales se desenvuelven o ejercen su autonomía respetando esos parámetros, pero con un margen suficiente para desarrollar políticas específicas.

En resumen, existen tres esferas de competencias en materia de educación superior: 1) competencias exclusivas del Congreso; 2) competencias exclusivas de las universidades públicas⁴, y 3) competencias concurrentes del Congreso y las universidades públicas. En el primer supuesto, se trata de atribuciones que sólo puede ejercer el Congreso, como por ejemplo la creación de universidades nacionales. En el segundo caso, son potestades derivadas de la autonomía constitucional, que se vinculan con la esencia del quehacer de las universidades y que, por lo tanto, no pueden ser alcanzadas por la regulación del Congreso, como el régimen de permanencia docente y las causales de juicio académico de los profesores. Por último, existen materias en las cuales el Congreso define el marco general y las universidades nacionales desarrollan la regulación posterior, por ejemplo, la Ley de Educación Superior determina que en el cogobierno los profesores tienen una mayoría que no puede ser inferior al 50 % y deja librado a cada universidad el grado de participación de estudiantes, graduados y no docentes.

A lo largo de este trabajo, afirmo que el principio de competencia determina diferentes órdenes de jerarquías. Por esta razón, en cada uno de los supuestos enunciados se configuran distintos campos normativos. A raíz de ello, no se puede pregonar la existencia de un régimen normativo universal y aplicable de manera automática a la multiplicidad de temas. Cuando el Congreso ejerce competencias exclusivas, la ley prevalece sobre los estatutos de las universidades. En cambio, ante la utilización de competencias exclusivas de las universidades públicas, los estatutos se posicionan por encima de las leyes en caso

⁴ Respecto a esta categoría entiendo que existen competencias exclusivas de las universidades públicas en dos sentidos: a) competencias explicitadas por la LES, y b) competencias implícitas que se derivan de la autonomía constitucional y que no están enunciadas en la LES.

de contradicciones normativas. Frente al dictado de normas de base por parte del Congreso, los estatutos deben prestar conformidad con ellas, ya que aquí la tarea es conjunta, pero es el órgano legislativo el que fija el marco general y las universidades, el específico. De lo expuesto se puede advertir que la competencia determina el escalafón normativo aplicable para cada caso. El desafío es construir un modelo analítico que permita resolver la multiplicidad de casos.

I. 3. Recorrido

En primer lugar, describo las reglas básicas de la CN en función de las que se estructura la posición de los distintos tipos de normas que integran el sistema jurídico argentino, ya que de acuerdo al entramado constitucional las normas tienen asignado un valor. Sin embargo, el orden jurídico no se presenta en todos los casos de la misma manera. Esto responde a que la CN distribuye tareas entre los distintos poderes y entes estatales. Por lo tanto, para explicar el fenómeno jurídico constitucional es necesario distinguir entre un criterio de prelación formal y otro de competencia material. El primer parámetro se concentra en la jerarquía de las normas, haciendo prevalecer, en caso de conflicto, a las superiores por sobre las inferiores. El segundo se focaliza en la determinación de la titularidad de la atribución normativa, con prescindencia del valor de las disposiciones.

En segundo lugar, analizo el significado y el alcance de la autonomía de las universidades nacionales, a partir de su proclamación inaugural en los postulados reformistas de 1918 y su posterior consagración constitucional en 1994. El propósito es determinar la correspondiente competencia normativa de las universidades y la jerarquía de sus estatutos. Teniendo en cuenta que la autonomía implica la asignación constitucional de competencias, una labor consiste en desentrañar el campo de actuación de las universidades públicas y otra distinta reside en identificar el valor de las normas derivadas del ejercicio

de esta actividad. En suma, los interrogantes a develar son los siguientes: ¿qué competencia para obrar tienen las universidades? y ¿qué jerarquía poseen las normas creadas por éstas como consecuencia de la competencia atribuida?

En tercer lugar, examino algunas de las relaciones paradigmáticas que pueden darse entre el ámbito de las leyes estatales y el campo de los estatutos universitarios. En tal sentido, por un lado, me interesa identificar una situación de incompatibilidad entre una ley del Congreso Nacional y el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires (en adelante UBA). En concreto, abordo el conflicto entre la Ley 26.508 –“Personal docente de las universidades públicas nacionales. Jubilaciones y pensiones. Beneficios”– y el artículo 51 del Estatuto de la UBA, que regula el régimen de permanencia de los profesores. Por otro lado, analizo una situación de compatibilidad entre ambos terrenos normativos: puntualmente, la aplicación a las universidades del régimen especial de concesiones para personas con discapacidad, regulado por la Ley 24.308, modificatoria del Decreto-Ley 22.431.

A partir de tal desarrollo, procuro alcanzar una interpretación del artículo 75, inciso 19, párrafo 3, que armonice adecuadamente las dos esferas a la que alude la disposición constitucional (competencias del Congreso Nacional y autonomía de las universidades) y los dos tipos de normas que son su resultado directo (leyes estatales y estatutos universitarios), en línea con los principios proclamados en la histórica gesta reformista de 1918. En definitiva, el presente trabajo procura indagar la dimensión de la autonomía reconocida por la CN a las universidades nacionales. El primer objetivo es dilucidar qué ámbitos corresponden a la regulación de los estatutos universitarios y qué campos, a la reglamentación de las leyes estatales. El segundo, establecer el nivel de jerarquía de las normas generadas en ejercicio de la competencia atribuida por la CN al Congreso y a las universidades públicas en materia de educación superior.

II. Competencia y jerarquía en el Sistema Constitucional Argentino

La CN define y ordena la posición de los distintos tipos de normas que integran el sistema jurídico argentino, con base en un criterio de competencia material y un criterio de jerarquía o de prelación formal. La competencia, de acuerdo con Carlos F. Balbín, es “el conjunto de potestades que surge del ordenamiento jurídico, esto es, la capacidad o aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir así sus cometidos”⁵. En cambio, la jerarquía, según Carlos S. Nino, consiste en que “las cadenas de validez formadas sobre la base de las normas que autorizan la creación de otras nos ofrecen una ordenación jerárquica de las normas (...) Se puede decir que una norma es superior a otra cuando, de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda”⁶.

El artículo 31, CN, en conjunción con otras disposiciones del texto constitucional –según se explica más adelante–, consagra el principio de supremacía de la ley fundamental. Tal primacía de la CN responde a que, según explica Raúl Gustavo Ferreyra, a la constitución se la “... puede definir como un sistema de normas abiertas que expresan el principio de la soberanía de los ciudadanos que integran el pueblo y que concretiza en su texto la correspondiente carta de navegación político-institucional. No existe norma positiva por encima de la constitución”⁷. En consecuencia, como afirma Alberto R. Dalla Vía, “la supremacía surge, entonces, como una cuestión lógica”⁸.

Desde tal posición, la CN, en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico, atribuye competencia normativa a los poderes, órganos y entes por ella creados. A su vez, establece

⁵ BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 554.

⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 153.

⁷ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, pp. 212 y ss.

⁸ DALLA VÍA, Alberto R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 74.

el procedimiento que éstos deben respetar para dar nacimiento a las normas que son de su dominio. La norma fundamental estructura un orden jerárquico, toda vez que le confiere un valor diferenciado a cada norma jurídica creada de conformidad con los procedimientos constitucionales.

En cuanto a la distinción entre el principio de competencia y el de jerarquía, Balbín explica que "... el criterio más simple y recogido en nuestro ordenamiento jurídico positivo es el criterio jerárquico, es decir, el juego de grados superiores e inferiores entre normas jurídicas..."⁹. Así, frente a una contradicción entre dos normas de distinta jerarquía, el conflicto se resuelve haciendo prevalecer la de mayor rango. Con relación al principio de competencia, este autor distingue entre el régimen del Estado federal y el de las provincias, señalando que no deben confundirse los marcos jurídicos materiales de ambos.

El aspecto aquí jurídicamente relevante es el deslinde material y en este primer paso es irrelevante el criterio jerárquico entre normas, es decir, el rango de las normas. Una vez definido el campo material de uno u otro, prevalece el ordenamiento jurídico competente por las materias, más allá del rango de las normas. El segundo paso, y ya ubicados en el campo material competente, [es] el armado del rompecabezas entre normas en el interior de ese campo y según el principio jerárquico.¹⁰

En resumen, competencia y jerarquía son conceptos distintos, que explican distintas situaciones entre normas jurídicas de un mismo sistema. En algunos casos, puede presentarse una relación de jerarquía entre normas; pero en otros, ello no ocurre, ya que lo que interesa es la determinación del sujeto atribuido de la potestad de obrar en determinada materia. Entonces, en este último supuesto, las controversias se resuelven identificando en forma concreta el poder, órgano o ente competente, y no atendiendo simplemente a la jerarquía normativa en abstracto.

⁹ BALBÍN, ob. cit., pp. 246 y ss.

¹⁰ Ibíd.

II. 1. La distribución de las competencias normativas en la Constitución Nacional

La CN, desde su redacción original, distribuye las competencias normativas entre el Estado federal, las provincias y los municipios. Tal afirmación surge como resultado del artículo 1, que consagra el federalismo como forma de Estado. Por su parte, el artículo 5 otorga autonomía a las provincias estableciendo sus competencias para crear normas según el tipo de materias. De esta forma, se determina una convivencia entre los diferentes niveles de gobierno.

Las reglas generales de distribución de competencias entre los poderes federales y locales se encuentran reguladas en los artículos 121 y 126. Básicamente, los entes locales conservan todo el poder no delegado por la CN al gobierno federal. Por ende, las provincias tienen poderes reservados y el gobierno federal posee poderes delegados. Sin embargo, esta división no termina de explicar el sistema de reparto. Cabe aclarar que la CN reformada en 1994 mantuvo este esquema básico, pero agregó otros sujetos con atribuciones normativas: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Universidades Nacionales, entre otros entes autónomos¹¹.

Germán J. Bidart Campos explica que en el sistema de distribución se pueden distinguir tipos de competencia diversos: "... a) competencias exclusivas del Estado federal; b) competencias exclusivas de las provincias; c) competencias concurrentes; d) competencias excepcionales del Estado federal y de las provincias; e) competencias compartidas por el Estado federal y las provincias"¹². Dada esta clasificación y, en particular las tres primeras categorías, ejemplifico la cuestión en torno a las competencias normativas en razón de la materia.

¹¹ Este último tópico es retomado en el capítulo 2.

¹² BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. 1, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 443.

En lo que respecta a las competencias exclusivas del Estado federal, se puede enunciar que el Congreso Nacional tiene la atribución de dictar la legislación federal y la común¹⁴ (conf. art. 75, inc. 12, CN). En lo atinente a las competencias exclusivas de las provincias, conservan la facultad de dictar sus leyes procesales (conf. art. 5, CN). Acerca de las competencias concurrentes, es ilustrativa la cuestión ambiental, dado que el gobierno federal establece la legislación que debe contener presupuestos mínimos de protección. Por lo tanto, la Nación y las provincias están obligadas a ordenar sus respectivas legislaciones en el mismo sentido (conf. art. 41, CN).

Ahora bien, frente a este panorama, es necesario explicar las distintas relaciones entre las normas jurídicas creadas por los poderes federales y aquellas que surjan de las autoridades provinciales, pues resulta evidente que tanto la Nación como las provincias deben legislar en el marco de sus respectivas competencias. Para resolver estas cuestiones existen pautas o criterios de interpretación que ayudan a explicar o dirimir potenciales conflictos: precisamente, los principios de jerarquía y de competencia. Si bien cada uno responde a su respectiva mecánica, cuando se presentan problemas de interpretación o cuando se requiere dar claridad y orden en la materia, debe establecerse el contenido y el alcance de cada uno.

Interpreto que frente a atribuciones exclusivas, ya sean del gobierno federal o del provincial, lo que explica las relaciones entre ambos es el criterio de competencia. Piénsese, por ejemplo, en un proceso penal en el cual se investiga la comisión de un delito común, sustanciado en el ámbito de una provincia.

¹³ Excluyo del análisis las últimas dos categorías dado que no son competencias de utilización frecuente.

¹⁴ En este punto cabe aludir a la distinción entre el derecho federal y el derecho común, que es relevante ya que condiciona la actuación de la justicia federal o local, según corresponda. Sin embargo, no existe una relación de jerarquía entre el derecho federal y el derecho común, por lo que ambos se encuentran en un pie de igualdad. La diferencia radica en que regulan materias distintas y que los tribunales competentes no son los mismos.

El delito está tipificado en el Código Penal dictado por el Congreso Nacional (potestad exclusiva federal); en cambio, las reglas procesales para llevar adelante el enjuiciamiento se encuentran definidas en la ley adjetiva dictada por la legislatura local (potestad exclusiva provincial).

Entre estos campos normativos, en principio, no debería existir conflicto, ni relación de subordinación entre el derecho común y el derecho provincial, ya que nos encontramos ante el ejercicio de competencias exclusivas y que regulan materias distintas. Desde luego, el límite del ejercicio competencial es la adecuación con la CN y los tratados con jerarquía constitucional. En atención a ello, si se suscitara colisiones normativas entre la esfera federal y la provincial, la causa obedecería a que hubo una norma que se inmiscuyó en el ámbito material de competencias de la otra. Entonces, el conflicto no se resolvería mediante la aplicación del principio jerárquico, sino verificando qué orden es competente en la regulación. Por el contrario, este argumento no es aplicable en materias en las que las potestades son concurrentes. Tal como se ejemplificó con la cuestión ambiental, las normas locales deben respetar los presupuestos de base fijados por el Congreso Nacional, por lo que es el criterio jerárquico el que traduce esta vinculación.

Por otra parte, la CN también distribuye competencias entre el Congreso y las universidades nacionales, razón por la cual pueden darse distintos tipos de relaciones normativas. En algunos casos, es el principio jerárquico el que explica esas conexiones y, en otros, el de jerarquía. En este trabajo se argumenta que pueden identificarse tres tipos de competencias: exclusivas del Congreso, exclusivas de las universidades y concurrentes. Las potestades exclusivas implican una relación directa, ya sea de la ley con la CN, o de los estatutos con la CN. En cambio, las facultades concurrentes traen aparejado un trabajo conjunto y escalonado entre Congreso y las universidades públicas. De alguna manera, este último tipo de competencia se asemeja a la cuestión ambiental antes descripta, toda vez que el Congreso

establece los presupuestos mínimos ambientales y las provincias desarrollan la legislación específica respetando esa normativa.

En definitiva, las universidades nacionales tienen reconocimiento de su autonomía por parte de la CN, pero ella no indica expresamente cuál es el ámbito de la competencia material correspondiente a los estatutos universitarios que pueden dictarse. Esto se vincula con las leyes de base y organización de la educación que dicte el Congreso Nacional y que, a su vez, garanticen la autonomía universitaria. De este modo, el principio de autonomía universitaria opera de manera concurrente con la voluntad del legislador nacional. Sin embargo, esa autonomía tiene un reducto propio, que no puede ser alcanzado por las leyes estatales.

II. 2. El orden de las jerarquías normativas en la Constitución Nacional

Desde sus orígenes, la CN estructura un orden entre las distintas normas del sistema jurídico. El artículo 31 determina que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...”. El artículo 27 establece que “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. El artículo 28 dispone que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Por último, el artículo 99, inciso 2 (antiguo art. 86, inc. 2) dispone que el Presidente “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Del juego armónico de tales normas surgía, por un lado, la prevalencia del derecho federal por sobre el derecho emanado

de las provincias; y, por otro, la supremacía de la Constitución por sobre todas las demás normas y la subordinación de los decretos respecto de las leyes, pero restaba definir la ordenación entre las leyes y los tratados¹⁵. La Constitución reformada en 1994 mantuvo este esquema básico, aunque agregó otras disposiciones que reconfiguraron el orden jerárquico del derecho federal.

Ello sucedió con la introducción del artículo 75 –en sus incs. 22 y 24– y de los artículos 76 y 99, inciso 3.

Art. 75, inc. 22, CN: Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad

¹⁵ Bajo tal sistema constitucional, no existía un consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia en torno a la ubicación jerárquica de las leyes y los tratados. En el caso “S.A. Martín y Cía. Ltda. v. Nación Argentina” (*Fallos*: 257: 99), de 1963, la CSJN estableció la paridad jerárquica entre las leyes y los tratados, previendo como solución, ante una colisión normativa, la aplicación de los principios generales del derecho. Luego, en el caso “Ekmekdjíán, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros” (*Fallos*: 315: 1492), de 1992, la CSJN consagró la primacía de los tratados por sobre las leyes del Congreso.

de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Esta disposición trajo dos novedades: la primera es la superioridad de los tratados por sobre las leyes; la segunda, el otorgamiento de jerarquía constitucional –en las condiciones de su vigencia– a las normas del derecho internacional de los derechos humanos enumeradas en tal inciso. Asimismo, el poder constituyente reformador –en el párrafo tercero del inc. 22– generó un dispositivo para que uno de los poderes constituidos, más precisamente el Congreso Nacional, pueda asignarle jerarquía constitucional a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, en tanto y en cuanto lo haga con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara¹⁶.

El artículo 75, inciso 24, faculta al Congreso Nacional para “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. De este modo, se establece que las normas dictadas por organizaciones supraestatales, como consecuencia de las competencias delegadas por tratados de integración, tienen jerarquía superior a las leyes.

Sobre la base de lo expuesto, se puede resumir que a raíz de la reforma constitucional conviven instrumentos internacionales con distinta jerarquía: algunos al mismo nivel que la Constitución y otros por debajo, pero en cualquier caso superiores a las leyes.

¹⁶ Por obra de este mecanismo, luego de la reforma de 1994 se otorgó jerarquía constitucional a tres instrumentos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (2003) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014).

Asimismo, se regularon las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo, al configurarse un régimen constitucional tanto para los decretos delegados como para los de necesidad y urgencia.

Art. 76, CN: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Art. 99, inc. 3, CN: El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Al respecto, el artículo 76 permite que el Congreso Nacional delegue en el Poder Ejecutivo la posibilidad de dictar normas en determinadas materias de administración o de emergencia

pública, por un plazo fijado. También se le concede, conforme al artículo 99, inciso 3, la atribución de emitir decretos de necesidad y urgencia en ciertas condiciones. Este tipo de decretos, desde mi punto de vista, se ubican en el mismo nivel que las leyes, toda vez que en un caso el Presidente emite disposiciones materialmente legislativas por voluntad del Congreso Nacional y, en el otro, por iniciativa propia.¹⁷

Para finalizar, cabe esquematizar parcialmente los escalones normativos, de acuerdo al principio jerárquico, de la siguiente forma:

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. El resto de los tratados internacionales.
3. Las normas dictadas por los organismos supranacionales de integración.
4. Las leyes del Congreso Nacional / Los decretos de necesidad y urgencia / Los decretos de delegación legislativa.
5. Los reglamentos.

Hasta aquí he reseñado las modificaciones más relevantes que trajo la reforma de 1994 en la reestructuración del orden de jerarquía de las diferentes normas que pueden crear los poderes estatales. Sin embargo, resta indagar cuál es la ubicación de las normas que están habilitadas a formular otros entes constitucionales. Dentro de éstos, se encuentran las universidades nacionales. Si bien la CN reformada les reconoce autonomía, no señala explícitamente cuál es el rango de jerarquía formal que corresponde a los estatutos universitarios que pueden dictarse en función de aquella autonomía. Cabe aclarar que las normas universitarias no tienen el mismo rango en todos los casos.

El principio de competencia determina la jerarquía de las normas dictadas por el Congreso y las universidades nacionales.

¹⁷ En la doctrina no existe consenso sobre el rango jerárquico de los decretos delegados y los de delegación legislativa. Algunos autores entienden que se colocan en el mismo nivel que las leyes y otros, por debajo.

Tomando la clasificación anunciada precedentemente, en torno a los tres tipos de competencia que pueden darse en materia de educación superior, entiendo que se configuran tres órdenes jurídicos diferenciados. En el primer escenario, si el Congreso dicta una ley en ejercicio de competencias exclusivas, ésta no puede ser contradecida por los estatutos. En el segundo, si las universidades públicas regulan en sus estatutos temas de su competencia exclusiva, éstos no pueden ser invadidos por la ley. En el tercero, si la materia es concurrente, el Congreso dicta el marco general y las universidades, el específico, respetando las estipulaciones de la legislación. En conclusión, el orden jurídico respectivo se conforma según el tipo de competencia ejercitada

III. La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema Constitucional Argentino

La reforma constitucional de 1994 confirió autarquía y autonomía a las universidades nacionales. De este modo quedó superada la discusión en torno al estatus de las instituciones públicas universitarias. El modelo receptado por la última asamblea constituyente tuvo como hito paradigmático los sucesos de la Reforma Universitaria de 1918. Desde ese entonces se fueron perfilando, poco a poco, los rasgos distintivos de las universidades públicas nacionales. En la actualidad, las reivindicaciones de 1918 se ven plasmadas, con matices, en los estatutos de las universidades públicas de todo el territorio de la Nación. Los estatutos son dictados por las asambleas de cada universidad. En este órgano se expresa el principio democrático del cogobierno, es decir, la participación de todos los componentes de la vida universitaria: estudiantes, graduados, profesores y, en algunos casos, trabajadores no docentes.

El dictado de los estatutos universitarios constituye la máxima manifestación normativa de la autonomía constitucional, toda vez que ellos expresan la capacidad de las universidades públicas de darse sus propias normas en los aspectos fundamentales del quehacer universitario. De allí que éstos sean la norma de

mayor jerarquía de las instituciones universitarias. Sin embargo, la potestad de autonormarse se encuentra precisada por la Ley de Educación Superior, que define –entre otras cuestiones– el alcance de la autonomía constitucional.

Ahora bien, de acuerdo a la materia, pueden darse distintas relaciones entre los estatutos de las universidades y las leyes del Congreso dictadas en materia de educación superior. Esto supone dos planos de análisis: la competencia para dictar normas y la jerarquía de ellas.

III. 1. Los principios de la Reforma Universitaria de 1918

El legado de la Reforma Universitaria de 1918 determinó el devenir de la educación pública superior. La gesta reformista dio lugar a un conjunto de principios que fueron reconfigurando el modelo de universidad pública, gratuita y autónoma de nuestros días. Entre ellos se destacan, principalmente, la autonomía, el cogobierno, la periodicidad en las cátedras, los concursos públicos, la docencia libre, el mandato limitado de las autoridades, la investigación y la extensión universitaria.

Con relación a la influencia del reformismo universitario de 1918 en la reforma constitucional de 1994, Gonzalo Álvarez y Sebastián Scioscioli postulan que el texto constitucional tomó el legado reformista:

Lo que hizo el constituyente fue receptor el modelo universitario histórico de la Argentina, con universidades con competencias para autonormarse y gobernarse conforme estas normas, la potestad de definir los alcances de las funciones de docencia, investigación y extensión y la potestad de administrar sus recursos, sin injerencias del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo nacional, y siendo sus actos únicamente revisables por el Poder Judicial.¹⁸

¹⁸ ÁLVAREZ, Gonzalo y SCIOSCIOLI, Sebastián, “Las bases constitucionales de la educación argentina a la luz de la reforma constitucional de 1994”, en BERNAL, Marcelo; PIZZOLO, Calogero y ROSSETTI, Andrés (coord.), ¡Que veinte años no es nada!: Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 249.

En igual sentido, Atilio Aníbal Alterini entiende que la reforma constitucional de 1994 también adoptó el legado reformista al consagrar la autonomía universitaria:

... la autonomía de las universidades públicas queda sujeta a la base histórica de los principios reformistas, pues cuando la Constitución se refiere a las universidades públicas lo hace a universidades concebidas a ese modelo. Un principio es la consagración a la docencia, a la investigación y a la extensión, con afirmación expresa de la función social de la universidad. Otro es el de cogobierno: los claustros que componen la universidad deben participar en los órganos colegiados de gobierno institucional asignando al claustro de profesores regulares el carácter de principal núcleo de la enseñanza y la investigación. Otro es el de periodicidad de los cargos docentes y su provisión y renovación por medio de concursos públicos de antecedentes y oposición.¹⁹

Adolfo Stubrin sintetiza el espíritu de la Reforma Universitaria y lo vincula con el principio republicano de gobierno y su inserción en el marco de un Estado federal.

En la médula de la configuración están la autonomía, el cogobierno y los concursos públicos –es decir: un mecanismo efectivo de articulación entre los grupos académicos–, las conducciones institucionales y los elencos gubernamentales, canalizados a través de la participación política interna de docentes y estudiantes. La confianza del gobierno federal en esas micro repúblicas de ciudadanos universitarios a quienes delega importantes potestades públicas es el cemento básico.²⁰

¹⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, *La universidad pública en un proyecto de nación*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 114.

²⁰ STUBRIN, Adolfo, "La Reforma de 1918: el hecho crucial para la configuración universitaria de la Argentina", en ALBORNOZ, Mario y CRESPO, Manuel (comp.), *La universidad reformada: hacia el centenario de la reforma universitaria de 1918*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017, p. 68.

De igual modo, Alejandro Finocchiaro, al analizar el impacto reformista en los estatutos, concluye:

Entre los cambios más significativos pueden contarse la periodicidad en las cátedras y en los mandatos de las autoridades, la prohibición de superponer cargos, la incompatibilidad entre cargos directivos y empleos rentados, la posibilidad de que todos los profesores y no solo los titulares pudiesen participar del gobierno, la docencia libre y la extensión universitaria.²¹

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), en el caso “Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) Resolución 2314/95”²² (1998), reconoció la influencia de la reforma universitaria en el estatus constitucional de las universidades:

La expresión “autonomía universitaria” evoca inconfundiblemente cuestiones largamente debatidas por la sociedad toda, que por otra parte poseen orígenes seculares, en el peculiar *status* que se les reconoció a las universidades en la historia de occidente, y más próximamente, a partir del movimiento de la “reforma universitaria”, que nació en nuestro país y alcanzó amplia trascendencia en otros. (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt)

En la misma línea, en la sentencia “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Lujan s/Aplicación Ley 24521”²³ (1999), la CSJN expresó que “Las raíces históricas de la autonomía de las universidades argentinas, que hoy garantiza la Constitución Nacional, convierten en inviable toda limitación efectuada por el Congreso de la Nación, pues las universidades tienen por destino ser la conciencia intelectual de la sociedad” (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt).

²¹ FINOCCHIARO, Alejandro, *El mito reformista*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, p. 231.

²² Fallos: 321: 1799.

²³ Fallos: 322: 842.

Recientemente, el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires emitió un comunicado en el cual puso de relieve el valor y la vigencia de los postulados reformistas en la acción del gobierno universitario:

El legado de la Reforma Universitaria de Córdoba de 1918 a través de sus postulados interpela a las instituciones de educación superior y las insta a revisar su presente y futuro para abordar los desafíos actuales que afronta nuestra región. En los espacios de discusión se analizaron los principios de la Reforma que cuales [sic] dotaron de un carácter singular a las Universidades Latinoamericanas, tales como la autonomía universitaria, la participación de profesores, estudiantes y graduados en el gobierno institucional, la función social de la universidad a través de la extensión, la libertad de cátedra y la docencia libre, la publicidad de los actos de la institución, los concursos para la selección de profesores y la periodicidad de la cátedra, la gratuidad de la enseñanza concebida como estrategia para lograr la justicia social y la necesidad de propiciar un pensamiento que cimiente la unidad latinoamericana.²⁴

Todos estos principios ayudan a desentrañar el sentido o la finalidad de las distintas normas constitucionales, legales o estatutarias que se fueron dictando. En los autores citados se observa una profunda coincidencia sobre el impacto de la Reforma de 1918 en la vida universitaria argentina y sus repercusiones en Latinoamérica.

III. 2. El estatus de las universidades nacionales antes de la reforma constitucional de 1994

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la doctrina se encontraba escindida en dos posiciones fundamentales

²⁴ Documento "Aportes de la Universidad de Buenos Aires hacia la Conferencia Regional de Educación Superior de América Latina y el Caribe 2018", aprobado mediante Resolución (CS) 345/08, del 25 de abril del 2018.

en torno al estatus de las universidades nacionales. La primera las consideraba sólo entes autárquicos. La segunda las concebía como entes autónomos.

En tal sentido, asumiendo la primera postura, desde el derecho administrativo Miguel Marienhoff explica lo siguiente:

... por entidad autárquica debe entenderse toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos. De ahí que los rasgos esenciales de tales entidades son: 1) constituyen una persona jurídica; 2) trátase de una persona jurídica “pública”; 3) es una persona jurídica pública “estatal”, vale decir, pertenece a los cuadros de la Administración Pública e integra los mismos; 4) realiza o cumple fines “públicos”, que son fines propios del Estado; 5) su competencia o capacidad jurídica envuelve esencialmente la de ‘administrarse’ a sí misma, conforme a la norma que le dio origen; 6) siempre es creada por el Estado (...) Es necesario diferenciar la noción de “autarquía” de la de otras expresiones que, por aparejar ideas afines, podrían introducir confusiones (...) Mientras “soberanía” y “autonomía” implican conceptos políticos, “autarquía” y “autarcía” traducen conceptos administrativos. El concepto de “soberanía” puede ser analizado desde dos puntos de vista: a) En el orden externo, significa “autodeterminación”, “independencia” en suma; b) en el orden interno traduce la *potestas* del Estado sobre las personas y bienes existentes en su territorio. La Nación Argentina es soberana. “Autonomía” significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella. Nuestras provincias son autónomas, pero no soberanas. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo que autonomía es un concepto “político”, porque “político” es el poder de propia legislación. “Autarquía”, en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta (...) “Autarcía” traduce la idea de autosuficiencia económica.

Entre nosotros hay algunos entes, como las universidades y las municipalidades, a cuyo respecto se ha discutido si son autónomos o autárquicos (...) En lo atinente a las “universidades”, Bielsa y Villegas Basavilbaso las consideran “autárquicas”; Sánchez Viamonte las estima “autónomas”. Comparto el criterio de quienes las tienen por meramente “autárquicas”.²⁵

A su turno, defendiendo la segunda posición, desde el derecho constitucional Humberto Quiroga Lavié afirma:

Cuestión preliminar será la de aclarar el concepto de autonomía, materia que los juristas, particularmente los dedicados a estudiar el derecho administrativo, han llevado y traído a la mano de razonamientos que resultan insuficientes, si la que se quiere son definiciones de sustancia y no de matices. El derecho político distingue la soberanía de la autonomía, ubicando a la primera como potestad propia del pueblo en ejercicio del poder constituyente, y a la segunda como potestad derivada de dicho poder, a ser ejercida por los entes públicos establecidos en la Constitución –las provincias, en el caso argentino– pero respetando el marco normativo de la ley suprema (...) Se ha sostenido, enfáticamente, que la organización institucional argentina sólo prevé la autonomía de las provincias; por ende, mal podrían ser consideradas autónomas las universidades, las cuales sólo merecerían ser calificadas como autárquicas. El derecho administrativo ha hecho una cuestión de principio, con motivo de la referida distinción entre autonomía y autarquía. Lo cierto es que la autonomía es la potestad de todo sujeto titular de decisión de establecer sus propias reglas de acción. En tal sentido la autonomía es la sustancia misma del concepto de libertad, definida ésta como autodeterminación. De este modo, la autonomía es un género, y la soberanía, la autarquía y la libertad individual, manifestaciones de aquélla (...) Entonces, no tiene sentido ni es

²⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 307 y ss.

correcto sostener que sólo son autónomas las provincias en el orden institucional argentino (...) Cada ente o persona jurídica ejerce su autonomía en el marco de la Constitución, de la ley y del ordenamiento jurídico al cual se refiere su desenvolvimiento (...) Si entendemos bien esto, ¿cómo negarle autonomía a las universidades? Lo propio, en cambio, es determinar cuál es el ámbito y el alcance de su ejercicio, quién se la otorga y quiénes pueden controlar su desenvolvimiento, si tal fuera el caso. Se trata de perfilar la ubicación de la universidad en el marco de la gestión pública.²⁶

La reforma constitucional de 1994, como ya se adelantó, consagró expresamente la segunda solución al reconocer la “autonomía y autarquía” de las universidades nacionales.

III. 3. Las universidades nacionales en la Constitución Nacional

La adopción de la forma de Estado federal implica la descentralización del poder en relación con el territorio. Del mismo modo, el principio republicano de gobierno divide el poder al repartir funciones. Los regímenes de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios no son las únicas formas de descentralización que establece la Constitución Nacional (CN), las leyes e inclusive los reglamentos.

Balbín clasifica a los entes descentralizados de la siguiente manera: “a) entes autónomos; sean estos a.1. territoriales –provincias y municipios–; o a.2. institucionales –universidades–; b) entes autárquicos, es decir b.1. territoriales –regiones; o, b.2. institucionales –AFIP–; y c) entes no autárquicos –empresas y sociedades del Estado–”²⁷. Véase que, de acuerdo con este autor, las universidades nacionales revisten la categoría de entes autónomos institucionales, lo cual conlleva personalidad jurídica propia.

²⁶ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La autonomía universitaria”, *La Ley*, t. 1987-B, pp. 724 y ss.

²⁷ BALBÍN, ob. cit., p. 672.

En relación con los entes que gozan de algún tipo de autonomía dada por la CN, se encuentran las provincias (art. 5); los municipios (arts. 5 y 123); las universidades nacionales (art. 75, inc. 19); la Auditoría General de la Nación (art. 85); el Defensor del Pueblo (art. 86); el Ministerio Público (art. 120) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129). En cuanto al alcance de la autonomía de cada uno de estos entes, la CN no formula una enumeración taxativa de las competencias que ella implica, por lo que le corresponde al Congreso Nacional precisar razonablemente su significación, pero sin desvirtuar el espíritu de la manda constitucional.

En el caso de las universidades nacionales, antes de la reforma se sostenía que eran autárquicas o que gozaban de una autonomía acotada, sólo vinculada a los aspectos elementales de la enseñanza, la investigación y el autogobierno. En esta línea, la CSJN, en la causa “Universidad Nacional de Buenos Aires c/Estado Nacional (PEN) s/inconstitucionalidad de decreto” (1991), sostuvo que las provincias “son las únicas entidades autónomas porque se dictan sus propias normas”²⁸. En 1993 la Ley Federal de Educación 24.195²⁹ estableció que “Las universidades gozan de autonomía académica y autarquía administrativa y económico-financiera en el marco de una legislación específica” (art. 23). De este modo, sólo se circunscribió la autonomía a las cuestiones académicas.

La reforma constitucional zanjó esta discusión al explicitar la autonomía y autarquía en el texto de la CN. El Congreso Nacional reglamentó la autonomía en 1995, al dictar la Ley de Educación Superior 24.521³⁰, cuyo artículo 29 estableció lo siguiente:

Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende *básicamente* las siguientes atribuciones:

²⁸ Fallos: 314: 570.

²⁹ Sancionada el 14/4/1993 y promulgada el 29/4/1993.

³⁰ Sancionada el 20/7/1995 y promulgada el 7/8/1995.

- a) Dictar y reformar sus estatutos, los que serán comunicados al Ministerio de Cultura y Educación a los fines establecidos en el artículo 34 de la presente ley;
- b) Definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integración y elegir sus autoridades de acuerdo a lo que establezcan los estatutos y lo que prescriba la presente ley;
- c) Administrar sus bienes y recursos, conforme a sus estatutos y las leyes que regulan la materia;
- d) Crear carreras universitarias de grado y de posgrado;
- e) Formular y desarrollar planes de estudio, de investigación científica y de extensión y servicios a la comunidad incluyendo la enseñanza de la ética profesional y la formación y capacitación sobre la problemática de la discapacidad;
- f) Otorgar grados académicos y títulos habilitantes conforme a las condiciones que se establecen en la presente ley;
- g) Impartir enseñanza, con fines de experimentación, de innovación pedagógica o de práctica profesional docente, en los niveles preuniversitarios, debiendo continuar en funcionamiento los establecimientos existentes actualmente que reúnan dichas características;
- h) Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente;
- i) Designar y remover al personal;
- j) *Establecer el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes, así como el régimen de equivalencias;*
- k) Revalidar, solo como atribución de las universidades nacionales, títulos extranjeros;
- l) Fijar el régimen de convivencia;
- m) Desarrollar y participar en emprendimientos que favorezcan el avance y aplicación de los conocimientos;
- n) Mantener relaciones de carácter educativo, científico-cultural con instituciones del país y del extranjero;

ñ) Reconocer oficialmente asociaciones de estudiantes, cumplidos que sean los requisitos que establezca la reglamentación, lo que conferirá a tales entidades personería jurídica. (énfasis agregado)

Nótese que la redacción de la ley, antes de enumerar las atribuciones que comprende la autonomía universitaria, utiliza el término “básicamente”. Ello sugiere que las potestades autonómicas no se agotan en la Ley de Educación Superior; sino que, por el contrario, se está regulando el piso mínimo de competencias de las universidades, permitiendo un margen de apreciación para que éstas puedan autodeterminarse o desarrollar las tareas que le son propias.

En el caso “Monges, Analía M. c/UBA (Universidad de Buenos Aires) Resolución 2314/95”³¹ (1996), la CSJN parecería tener una interpretación similar sobre el alcance de la regulación, toda vez que se expresó en los siguientes términos: “Que el art. 29 de la ley 24.521 define, *en general*, la autonomía académica e institucional de las universidades” (énfasis agregado). La utilización del término “general” da cuenta de que la autonomía no se agota en la ley. Frente a este panorama, no resulta sencillo construir una definición acabada del término “autonomía” que nos permita identificar con claridad las competencias del Congreso Nacional y de las universidades nacionales en torno a la educación superior.

De acuerdo con Alterini, la autonomía significa “... la posibilidad de autodeterminación de las universidades públicas, y comprende lo normativo, lo institucional, lo político, lo administrativo y lo académico”³². En la misma línea, María Angélica Gelli entiende lo siguiente:

La autonomía implica la competencia de las universidades nacionales para darse sus estatutos de estructura, organización y funcionamiento y, a la vez, la capacidad

³¹ Fallos: 319: 3148.

³² ALTERINI, ob. cit., p. 113.

para autogobernarse de acuerdo a los criterios propios, eligiendo a sus autoridades y profesores, fijando el régimen disciplinario sin interferencia alguna de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.³³

En pos de garantizar la autonomía universitaria de la injerencia del Poder Ejecutivo, la LES establece que sólo podrán ser intervenidas por decisión del Congreso Nacional y sin afectación de la faz académica³⁴. Asimismo, se regula un recurso de apelación ante la Cámara Federal contra las resoluciones definitivas de las universidades, de modo que se impide la intervención del órgano ejecutivo en la impugnación³⁵. En el citado caso “Monges”, la CSJN explicó que “El objetivo de la autonomía es desvincular a la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente”³⁶ (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

En “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/Aplicación Ley 24.521”³⁷ (1999), se otorgó un sentido amplio al concepto:

La expresión “autonomía universitaria” debe ser interpretada más allá de su sentido técnico –potestad de todo sujeto titular de decisión de establecer sus propias

³³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 698.

³⁴ “Art. 30: Las instituciones universitarias nacionales sólo pueden ser intervenidas por el Honorable Congreso de la Nación, o durante su receso y ad referendum del mismo, por el Poder Ejecutivo nacional por plazo determinado –no superior a los seis meses– y sólo por alguna de las siguientes causales: a) Conflicto insoluble del o de la institución que haga imposible su normal funcionamiento; b) Grave alteración del orden público; c) Manifiesto incumplimiento de la presente ley. La intervención nunca podrá menoscabar la autonomía académica”.

³⁵ “Art. 32: Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, sólo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria”.

³⁶ *Fallos*: 319: 3148, 326: 1355, 322: 919 y 321: 1799.

³⁷ *Fallos*: 322: 842.

reglas de acción en un ámbito de libertad definido como autodeterminación-, trascendiendo el marco meramente jurídico para manifestar una aspiración o ideal de independencia, plasmado además en la creencia ampliamente compartida de que es bueno y deseable que, en el cumplimiento de las delicadas tareas a su cargo y en el manejo de sus propios asuntos, las universidades gocen de la mayor libertad de acción compatible con el régimen constitucional al que deben pleno acatamiento. (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)

Respecto al abanico de estipulaciones que contiene la LES, entiendo que se puede esbozar una explicación que las vincule con los distintos tipos de competencias que poseen las universidades y el Congreso. En primer lugar, la LES regula atribuciones exclusivas del Poder Legislativo. Esto sucede, por ejemplo, cuando establece las causales de intervención de las universidades. Con este tipo de cláusulas el Congreso regula su propia actuación a fin de garantizar la autonomía de las universidades. En segundo lugar, la LES explicita atribuciones exclusivas de las universidades. El término “explicitar” lo utilizo con un alcance distinto al concepto de “regular”. Al explicitar, la ley reconoce facultades propias de las universidades que derivan directamente de la CN. Ello implica que podrían no estar enunciadas en la LES y de todos modos las universidades podrían ejercerlas, en virtud de que tienen que ver con el núcleo esencial del quehacer universitario. Por lo tanto, no pueden ser alcanzadas o desvirtuadas por la regulación del Congreso. A modo de ejemplo, repárese que la intervención de una universidad por parte del Congreso nunca puede alcanzar la faz académica. Por último, la LES también regula las atribuciones concurrentes del Congreso y las universidades.

Conforme a lo expuesto en los apartados anteriores, la CN confiere autonomía a las universidades nacionales, pero no determina puntualmente cuál es el ámbito de la competencia material que corresponde a los estatutos universitarios, ni cuál es el rango de su jerarquía formal. A continuación procuro aportar elementos para responder estos interrogantes.

III. 4. Ámbito de la competencia material de los estatutos universitarios

A diferencia de otros entes descentralizados que son creados por ley y deben su existencia y competencias a la voluntad del Congreso Nacional, el estatus autonómico de las universidades nacionales proviene directamente de la CN. Sin embargo, esa autonomía de rango constitucional no independiza a las universidades nacionales de la voluntad del Congreso Nacional para definir las políticas públicas generales del sistema educativo.

Bien se ha sostenido que “en nuestro sistema jurídico, la ley es la más importante fuente interna del derecho objetivo, debajo de la Constitución”³⁸. No obstante, su alcance se extiende a la “reglamentación” de los derechos fundamentales, aunque sin poder ir más allá, pues las disposiciones de la CN “poseen un contenido esencial que el poder constituyente estableció indisponible para el Congreso”³⁹. Ello, claramente, es una consecuencia de lo previsto en el artículo 28, según el cual “Los principios, garantías y derechos reconocidos (...) no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

En este trabajo se trata de reflexionar acerca del alcance de la “autonomía” reconocida a las universidades nacionales en el artículo 75, inciso 19, párrafo 3, CN, con el objeto de dilucidar los ámbitos que corresponden a la regulación de los estatutos universitarios y los campos referidos a la reglamentación de las leyes estatales. Desentrañando el tema, Gelli explica lo siguiente:

... puede afirmarse que la autonomía universitaria no convierte a estas instituciones en un poder soberano dentro del Estado. La finalidad de aquélla consiste en independizar y desvincular a las universidades de la injerencia del Poder Ejecutivo, pero quedan sujetas a

³⁸ FERREYRA, Raúl Gustavo, *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2016, pp. 218 y ss.

³⁹ *Ibíd.*

la reglamentación del Poder Legislativo, dentro de los límites que la Constitución Nacional le impone al Congreso, y sometidas al eventual control jurisdiccional.⁴⁰

Sobre los límites de la autonomía de las universidades ante las decisiones del Congreso Nacional, la CSJN, en “Biasizo, Rogelio José c/UTN s/Empleo Público”⁴¹ (2017), sostuvo que “Por amplia que sea la autonomía consagrada por la reforma constitucional, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional”.

En el mismo sentido, en “Universidad Nacional de Mar del Plata c/Banco Nación Argentina s/daños y perjuicios”⁴² (2003), la CSJN expresó:

Se tiende a una universidad como un organismo independiente, con personalidad jurídica propia y que pueda expresarse en una capacidad de auto-organización y de auto-decisión; sin embargo, la autonomía de la universidad no implica su aislamiento respecto del entramado institucional, está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del estado de derecho.

Con esta afirmación, queda de manifiesto que la autonomía constitucional es relativa, por cuanto es indudable que está condicionada por la legislación que dicta el Congreso Nacional en las materias que son de su competencia exclusiva y en las concurrentes.

En cuanto al control judicial de constitucionalidad, en “Pia-ggi, Ana Isabel c/Universidad de Buenos Aires (UBA) Resolución 3582/2000”⁴³ (2004), la CSJN planteó que “La autonomía uni-

⁴⁰ GELLI, ob. cit., p. 698.

⁴¹ Fallos: 340: 983.

⁴² Fallos: 326: 1355.

⁴³ Fallos: 327: 2678.

versitaria no puede ser entendida de tal manera que implique colocar a las universidades, en el plano normativo, al margen de todo control de constitucionalidad y legalidad...”. Así como anteriormente se expresó que la autonomía no es absoluta con relación al Congreso Nacional, tampoco sus actos están exentos del control del Poder Judicial.

La potestad reglamentaria del Congreso Nacional está configurada en el artículo 75, incisos 18 y 19, CN. El primer inciso, conocido como “cláusula del progreso”, lo faculta a “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”. El segundo inciso, o “cláusula del nuevo progreso”, le permite “Sancionar leyes de organización y de base de educación (...) y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

En ambos casos, la educación superior es concebida como el medio de satisfacción de un conjunto de fines estatales. Estas cláusulas no operan de manera independiente, por lo que necesariamente deben vincularse para desentrañar el contenido de la atribución regulatoria del legislador. De igual modo, el principio de autonomía carece de entidad propia, por lo que se complementa con la voluntad legislativa, al momento de definir los rasgos principales del modelo educativo de acuerdo a los fines que persigue la Constitución.

Por una parte, en cuanto al rol que le cabe al Congreso Nacional en materia educativa, en “Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco –rector) c/Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario”⁴⁴ (1999), la CSJN argumentó:

Que la responsabilidad indelegable del Estado a la que hace referencia el art. 75, inc. 19, deja en claro que aquél no puede desatender la educación pues el constituyente

⁴⁴ Fallos: 322: 919.

le confió con carácter propio una materia que constituye, a no dudarlo, uno de los objetivos primordiales de la Nación. La educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizar el derecho a la educación y estructurar un sistema educativo permanente. Por mandato constitucional el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de la universidad estatal, de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en la Constitución Nacional y en los tratados que ostentan jerarquía constitucional, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación, el derecho de enseñar y aprender...

En torno a las relaciones entre las competencias del Congreso Nacional y las universidades, la CSJN, en “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/art. 34 de la ley 24.521”⁴⁵ (2008), expresó que “El mandato del art. 75, inc. 19, vincula al legislador, respeto de los alcances de la reglamentación en la materia, así como a las universidades, en tanto y en cuanto el principio de autonomía no debe independizarse del resto de las condiciones impuestas en la norma y por las cuales el Estado debe velar”.

Por otra parte, respecto del papel del Poder Ejecutivo en estos temas, la CN no le confiere ningún tipo de atribución materialmente legislativa. Sin embargo, puede reglamentar las leyes, incluso las vinculadas a las universidades, pero cuidando de no alterarlas al establecer los pormenores para su ejecución. En este sentido, el Ejecutivo puede actuar dentro del terreno que establezca el Congreso al dictar las leyes de educación superior, pero sólo en lo que relativo a su aplicación por parte de la Administración Nacional.

Asimismo, el Poder Ejecutivo tiene vedado, de acuerdo al entramado constitucional, el dictado de decretos de necesidad y urgencia conforme a una correcta interpretación del artículo 99,

⁴⁵ Fallos: 331: 1123.

inciso 3, CN⁴⁶. El Congreso Nacional tampoco puede delegar al Presidente este tipo de legislación en los términos del artículo 76, CN. A pesar de la prohibición constitucional, el Ejecutivo ha creado universidades nacionales mediante la utilización de decretos de necesidad y urgencia.⁴⁷

En cuanto a la competencia material de las universidades, comparto la postura de Balbín, quien sostiene que éstas poseen un ámbito regulatorio que no puede ser alcanzado por la Administración dado que se encuentra relacionado con los quehaceres específicos que le encomienda la CN.

... son autónomas porque ejercen poder regulatorio reglamentario, tal es el caso de los estatutos universitarios; y sin sujeción respecto de las potestades normativas del Poder Ejecutivo. Es decir, las universidades tienen un campo normativo de nivel reglamentario exclusivo y excluyente del Ejecutivo. Precisemos que este poder exclusivo sólo comprende los aspectos vinculados con su especialidad, esto es, las libertades académicas y de cátedra; de modo que el Poder Ejecutivo sí puede reglamentar los otros aspectos del ente universitario que no guarden relación con ello, por ejemplo, los asuntos de postgrado; el régimen de educación a distancia; o el procedimiento de designación de los miembros de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación de las universidades. En otros términos, el poder de reglamentar los detalles o pormenores de las leyes universitarias es propio de las universidades.⁴⁸

⁴⁶ En contra de este mecanismo, la Ley de Educación Superior dispone lo siguiente: “Las instituciones universitarias nacionales son personas jurídicas de derecho público, que sólo pueden crearse por ley de la Nación, con previsión del crédito presupuestario correspondiente y en base a un estudio de factibilidad que avale la iniciativa. El cese de tales instituciones se hará también por ley. Tanto la creación como el cierre requerirán informe previo del Consejo Interuniversitario Nacional” (art. 48).

⁴⁷ Por ejemplo, los DNU 2615/2002 y 2617/2002 de creación de la Universidad Nacional de Chilecito y la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente.

⁴⁸ BALBÍN, ob. cit., p. 671.

Aquí es importante tomar la noción del criterio de la especialidad para aproximarse más certeramente al abanico de competencias que comprende la autonomía universitaria. El autor citado afirma que “... el reconocimiento del poder reglamentario de las universidades en su condición de entes autárquicos y autónomos está basado en el principio constitucional de la especialidad que nace particularmente del artículo 75, CN...”⁴⁹. Entiendo que el parámetro de la especialidad permite analizar el campo de competencias materiales de las universidades bajo la óptica de los fines que persiguen y los medios que se articulan para satisfacerlos.

En este orden de ideas, en cuanto a los fines o propósitos de la autonomía de las universidades, la CSJN, en el caso “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/art. 34 de la Ley 24.521”⁵⁰ (2008), sostuvo lo siguiente:

La armonización de las previsiones contenidas en los considerandos 18 y 19 del art. 75 de la Constitución Nacional exige reconocer como límite de la competencia del Congreso para legislar en materia de planes de instrucción universitaria la no afectación de la teleología de la autonomía universitaria. (Voto del Dr. Carlos S. Fayt)

El criterio de la especialidad y la filosofía de la teleología se emparentan, puesto que apuntan a los fines que persiguen las cosas.

La CSJN, en la causa “Universidad Nacional de Rosario c/Entre Ríos, Provincia de s/Amparo - Daño Ambiental” (2014), definió el ámbito competencial de las universidades haciendo uso del criterio de la especialidad:

Cabe hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la provincia demandada, respecto de la Universidad actora que promovió una acción de amparo a fin de que cese la supuesta quema de pastizales, pues

⁴⁹ BALBIN, ob. cit., p. 672.

⁵⁰ Fallos: 331: 1123.

ello excede las facultades propias de dicha entidad autónoma, dado que las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad...⁵¹

Por lo expuesto hasta aquí, considero que la posibilidad de autodeterminación en distintos campos debe estar necesariamente vinculada al criterio de la especialidad. Esto implica dos cuestiones: primero, que el Congreso Nacional debe regular la autonomía universitaria conforme a este parámetro, es decir, atendiendo a la razón de ser de estas entidades; segundo, que las universidades deben ejercer esta libertad teniendo presente la función que le encomienda la CN y el Congreso Nacional.

III. 5. Rango de la jerarquía formal de los estatutos universitarios

El estatuto es la norma madre que organiza la vida de las universidades y de las distintas Facultades que las componen en sus aspectos institucionales, políticos, administrativos y académicos. Esta potestad se deriva de la autonomía otorgada por la CN y es explicitada por el Congreso Nacional mediante la ley de Educación Superior.

El estatuto universitario se posiciona como la norma de mayor relevancia para cada universidad y, lógicamente, debe guardar conformidad con la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, toda vez que se encuentran ubicados en el máximo nivel normativo. Sostengo que el estatuto sólo debe reportarse en términos de jerarquía a las leyes que establezcan el marco general de políticas públicas de la educación superior. Estas últimas normas determinan, entre otras cuestiones, el modelo educativo y precisan los contornos de la autonomía universitaria.

En este sentido, Alterini explica que la autonomía normativa "... implica la potestad de dictar sus propias normas regulatorias con la sola exigencia de respetar las instituciones de la

⁵¹ Fallos: 337: 1447.

República y la Constitución Nacional”⁵². De este modo, el orden jerárquico vinculado a las universidades nacionales se estructura de manera diferente en virtud del principio de competencia material. Los estatutos no se subordinan a la totalidad de las leyes dictas por el Congreso Nacional, sino tan sólo a aquellas dictadas en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 75, incisos 18 y 19, CN.

En otros términos, cuando el Congreso legisla materias de competencia concurrente, los estatutos universitarios deben prestar conformidad con esa normativa. Por el contrario, cuando se está en presencia de competencias exclusivas de las universidades públicas, los estatutos no se encuentran condicionados por ningún tipo de legislación. Finalmente, si el Congreso ejerce atribuciones exclusivas en materia educativa, los estatutos no entran en juego.

El reparto de competencias reseñado da lugar a distintos escenarios. En un primer escenario, el de las competencias concurrentes, el Congreso define de manera general el modelo educativo universitario y los estatutos deben guardar conformidad con éste. En un segundo escenario, el de las competencias exclusivas de las universidades, al tratarse de aspectos sustanciales de la vida universitaria, como por ejemplo la libertad de cátedra, los estatutos se encuentran sólo por debajo de la CN y los tratados con jerarquía constitucional. Sugiero esto último en el entendimiento de que las universidades poseen un campo regulatorio que no puede ser alcanzado por las leyes del Congreso como consecuencia de su autonomía derivada de la CN. En un tercer escenario, el de las competencias exclusivas del Congreso, las leyes prevalecen sobre los estatutos, aunque no pueden vulnerar el espíritu de la autonomía constitucional de las universidades.

A grandes rasgos, en el escenario de las competencias concurrentes, la ordenación normativa quedaría de la siguiente forma:

⁵² ALTERINI, ob. cit., p. 113.

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. Las leyes dictadas de conformidad con el artículo 75, incisos 18 y 19, CN.
3. Los estatutos universitarios.

En el escenario de las competencias exclusivas de las universidades, la ordenación normativa quedaría de la siguiente forma:

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. Los estatutos universitarios.

En el escenario de las competencias exclusivas del Congreso, la ordenación normativa quedaría de la siguiente forma:

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. Las leyes.

Por el momento, excluyo del análisis las potestades del Poder Ejecutivo en materia de educación superior. De todos modos, adelanto mi posición en pocas palabras. Si bien el Ejecutivo tiene la atribución constitucional de reglamentar las leyes, no puede entrometerse en el funcionamiento de las universidades. Sólo puede utilizar esa facultad para reglar los temas que se vinculan con el ejercicio de la propia actividad de la Administración.

A fin de advertir cómo el criterio de competencia abre distintos caminos u órdenes en materia educativa, es interesante enunciar la situación de las provincias en cuanto a la educación escolar. Por un lado, las provincias deben asegurar la educación primaria (art. 5, CN); y, por el otro, el Congreso Nacional dicta los planes de instrucción general y sanciona las leyes de organización y de base de la educación (art. 75, incs. 18 y 19, CN). Frente a estas disposiciones, se configura un reparto de competencias concurrentes entre la Nación y las provincias. Entonces, en lo que concierne a la educación primaria, el orden

jerárquico se presenta diferente al universitario, toda vez que los estatutos no aparecen en escena, ya que pertenecen a otro campo regulatorio.

IV. La articulación entre las leyes estatales y los estatutos universitarios

En materia de educación superior, la CN le asigna tareas tanto al Congreso como a las universidades públicas. Dado que el texto constitucional no formula una enumeración taxativa de las funciones de cada institución, los límites del campo de actuación de cada una no son precisos y pueden generarse situaciones complejas. Puede haber casos en que la ley invada la autonomía universitaria y otros en que los estatutos se entrometan en temas que son competencia del Congreso.

Estos conflictos normativos no se resuelven por medio de la aplicación del principio jerárquico, es decir, haciendo prevalecer de manera automática la ley sobre el estatuto universitario. Ello responde a que la regulación de algunos temas le corresponde al Congreso y otros, a las universidades. Por lo tanto, en ciertas cuestiones la ley vale más que los estatutos, mientras que en otras se observa lo contrario. En definitiva, el principio de competencia es el que determina si las normas en juego son constitucionales. A continuación, analizo distintas situaciones que pueden darse entre las leyes y los estatutos.

IV. 1. Ley estatal incompatible con la autonomía universitaria

El vigente Estatuto de la Universidad de Buenos Aires data de 1958. Cabe aclarar que fue suspendido en 1966, cuando fue derrocado Arturo Illia, y se restableció en 1983, con pequeñas modificaciones, a partir de la recuperación de la democracia con el gobierno de Raúl Alfonsín. En cuanto al espíritu del Estatuto, Lucas Luchilo sostiene que éste "... supuso una codificación de las ideas, principios y dispositivos institucionales de la universidad reformista, con un grado de precisión que probablemente

no haya tenido antecedentes en la historia institucional de la universidad argentina”⁵³.

En tal Estatuto se establecen las diferentes categorías del personal docente a cargo de la enseñanza. El primer distingo es entre profesores y auxiliares docentes. Los profesores son “1. Profesores regulares. a) Titulares plenarios, titulares y asociados; b) Adjuntos. 2. Profesores consultos. 3. Profesores contratados e invitados. 4. Profesores eméritos y honorarios” (art. 34). Los auxiliares docentes son “a) jefe de trabajos prácticos; b) ayudantes primeros; y, c) ayudantes segundos” (art. 65). Los profesores regulares son designados por concurso y por el término de siete años. El año del vencimiento del plazo se debe llamar nuevamente a concurso (arts. 37, 42, 44, 45 y 46).

En relación con el régimen de permanencia, el artículo 51 establece lo siguiente:

Todo profesor regular cesa en las funciones para las que ha sido designado el 1° de marzo del año siguiente a aquel en el que cumple sesenta y cinco años de edad. En tal circunstancia el profesor regular puede ser designado profesor consulto (en la categoría respectiva) o profesor emérito. En caso de que el profesor regular no sea designado profesor consulto ni profesor emérito y no esté en condiciones de acogerse a los beneficios de la jubilación, es indemnizado de la manera que reglamente el Consejo Superior. La designación de profesor consulto la propone el Consejo Directivo de la Facultad al Consejo Superior de la Universidad. Para merecer esta distinción se requiere el voto favorable de nueve miembros del Consejo Directivo, el cual tendrá en cuenta las actividades científicas y docentes del profesor regular.

⁵³ LUCHILO, Lucas, “El gobierno de la universidad reformista: los debates para el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires (1958)”, en ALBORNOZ, Mario y CRESPO, Manuel (comp.), *La universidad reformada: hacia el centenario de la reforma universitaria de 1918*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017, p. 229.

Esta disposición del Estatuto está avalada por la Ley de Educación Superior, en la parte que dispone que las universidades pueden “Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente” (art. 29, inc. h).

Hasta aquí, según las normas estatutarias, los profesores regulares, sin distinción de género, cesan en sus funciones a los 65 años de edad y, para continuar, deben ser designados profesores consultos⁵⁴ o eméritos⁵⁵ por el Consejo Directivo de la Facultad y el Consejo Superior de la Universidad. De lo contrario, si están en edad de jubilarse, son indemnizados de acuerdo a la reglamentación.

Ahora bien, en el 2009 el Congreso Nacional dictó la Ley 26.508⁵⁶, denominada del “Personal docente de las universidades públicas nacionales. Jubilaciones y Pensiones. Beneficios”, la cual en su artículo 1 dispuso lo siguiente:

- a) Tendrán derecho a la jubilación ordinaria docente universitaria los docentes universitarios que reúnan los siguientes requisitos: 1) Tener veinticinco (25) años de servicio universitarios docentes de los cuales diez (10) como mínimo continuos o discontinuos deben ser al frente de alumnos. Cuando no puedan acreditarse períodos completos del lapso exigido de servicios universitarios, los mismos serán considerados servicios comunes a los efectos del haber de la prestación, rigiéndose por el régimen previsional general vigente.
- 2) Haber cumplido los sesenta (60) años de edad en el caso de las mujeres y sesenta y cinco (65) años de

⁵⁴ “Art. 52: El Profesor consulto colabora en el dictado de cursos especiales para alumnos y graduados y continúa en sus tareas de investigación, todo con acuerdo del Consejo Directivo. Son aplicables a los profesores consultos las disposiciones del art. 44 en lo relativo a la renovación y caducidad de su designación”.

⁵⁵ “Art. 56: Profesor emérito es el profesor titular plenario o profesor titular que ha llegado a la edad de sesenta y cinco años y a quien, en virtud de haber revelado condiciones extraordinarias tanto en la docencia como en la investigación, lo propone para esa categoría el Consejo Directivo de la respectiva Facultad por el voto unánime de sus componentes”.

⁵⁶ Sancionada el 20/8/2009 y promulgada el 3/9/2009.

edad los varones. En ambos casos, ante la intimación del empleador, cualquiera fuere, los docentes universitarios podrán optar por permanecer en la actividad laboral durante cinco (5) años más después de los sesenta y cinco (65) años.

El dictado de esta ley produjo conflictos con el estatuto, ya que generó un estado de situación en el cual los docentes universitarios de 65 años, que no hayan sido designados consultos o eméritos, podrían permanecer en la actividad laboral durante cinco años más. A raíz de ello, el 16 de marzo de 2011 el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, mediante Resolución (CS) N° 2067/11⁵⁷, dictó un instructivo sobre la aplicación de la Ley 26.508 en el ámbito de la universidad.

⁵⁷ “1. La posibilidad de opción prevista por el art. 1°, inciso a) apartado 2 último párrafo de la Ley n°26508, solo podrá ser ejercida por aquellos profesores o auxiliares docentes que hayan cumplido 65 años de edad con posterioridad al 1° de octubre de 2009 y que ostentaran un cargo docente regular vigente al momento de la opción o se encontraran inscriptos y/o en trámite de sustanciación de concursos de renovación. 2. Dicha opción consistirá exclusivamente en la posibilidad de concluir el período para el que fueron designados por concurso, no obstante el cumplimiento de los 65 años de edad, debiendo cesar automáticamente al término de dicha designación o al cumplimiento de los 70 años de edad, lo que suceda primero. 3. En el caso que el profesor o auxiliar docente cumpla 65 años de edad, durante la tramitación del concurso y al cual se hubiera inscripto con anterioridad y que hubiere ejercido la opción prevista en el punto 1), si resultare nombrado en el cargo, la designación no deberá ni extenderse más allá de lo originalmente previsto, ni tampoco tener una extensión superior a los 70 años de edad del docente. 4. Se ratifica la plena vigencia del art. 8° inciso a) del Reglamento aprobado por Resolución (CS) n° 1670/10. 5. No se admitirán las inscripciones a los concursos de Profesores o Auxiliares Docentes, que posean más de 65 años a la fecha de la inscripción. 6. Asimismo se ratifica la plena vigencia del régimen aprobado por Resoluciones (CS) Nros. 3170/89 y 2344/03 y sus modificatorias. 7. El ejercicio de la opción por quién ostente también un cargo no docente en esta Universidad, no será óbice respecto de que se lo intime a iniciar sus trámites jubilatorios a los 65 años de edad y se le dé la baja como trabajador no docente luego del plazo de ley, siendo tal circunstancia totalmente independiente de su continuidad como profesor o auxiliar docente. 8. Se deja expresamente establecido, que la falta de otros requisitos por parte del profesor y/o auxiliar docente para acceder a la jubilación especial de la Ley n° 26508, no podrá bajo ninguna circunstancia ampliar el tope de 70 años previsto ni los términos del concurso y/o designación. En tales supuestos, el profesor y/o auxiliar docente, deberá tramitar su jubilación conforme al régimen general. 9. Los docentes que se encuentre en condiciones de ejercer la opción indicada en los incisos 1, 2 y 3, deberán cumplir con los siguientes requisitos: a. Ejercer la

Planteada la cuestión, y dado el marco normativo involucrado, corresponde en adelante analizar si la Ley 26.508 resulta violatoria de la autonomía académica universitaria, al permitir prolongar voluntariamente el ejercicio de la actividad docente, en colisión con lo dispuesto por el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires.

Para comenzar, es conveniente distinguir entre régimen de permanencia y régimen de jubilación. De acuerdo al principio de autonomía y su reglamentación en la Ley de Educación Superior, las universidades nacionales pueden establecer las condiciones de permanencia de sus docentes. En ese entendimiento, el artículo 51 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires dispone como límite para el ejercicio de la docencia la edad de 65. Esta regla admite excepciones ya que los órganos del gobierno universitarios pueden realizar las designaciones especiales de profesores consultos o eméritos. Según Alterini, esta faceta de la autonomía "... garantiza la plena libertad desde los puntos de vista científico, ideológico y político para la organización de la docencia y de la investigación científica"⁵⁸.

La regulación del régimen de permanencia se vincula necesariamente con ciertos principios de la reforma universitaria, como el de la periodicidad de las cátedras y el de acceso o permanencia por medio de concursos de antecedentes y oposición. Estos valores se insertan dentro de la autonomía académica⁵⁹

opción por nota ante la Oficina de Personal de la Unidad Académica que se trate, desde el 1° de diciembre hasta el 31 de diciembre del año en que han alcanzado los 65 años. b. Adjuntar copia del Documento Nacional de Identidad. c. Denunciar y/o actualizar el domicilio real del docente al momento de ejercer la opción. 10. Toda opción ejercida que no se ajuste al presente instructivo, deberá ser expresamente rechazada y se procederá a la continuidad de la tramitación de la baja en los términos del artículo 51 del Estatuto Universitario. 11. En forma transitoria, los docentes que han cumplido 65 años desde la entrada en vigencia de la Ley 26508 hasta la fecha, tendrán plazo de 30 días desde la publicación de la presente, para ejercer la opción, si no hubieran sido intimados oportunamente".

⁵⁸ ALTERINI, ob. cit., pp. 114-115.

⁵⁹ En el caso "Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/Estado Nacional - declaración de inconstitucionalidad – sumario" (1999), CSJN, Fallos: 322: 919, se sostuvo sobre la autonomía académica: "Es el ámbito académico en el que debe

de las universidades y tienen como finalidad evitar que los cargos docentes se transformen en títulos de carácter vitalicio, que atenten contra la producción permanente de pensamiento crítico⁶⁰.

La Ley 26.508 define los requisitos para acceder a la jubilación ordinaria docente universitaria y, dentro de ellos, establece el derecho de opción de los docentes para continuar en actividad hasta los 70 años de edad. Sin lugar a dudas, es una atribución exclusiva del Congreso Nacional dictar las normas relativas a la seguridad social, conforme los artículos 14 bis⁶¹ y 75, inciso 12, CN, incluida la del personal docente de las universidades nacionales. Efectivamente, la ley de referencia configura un régimen jubilatorio al requerir 25 años de servicio, que diez sean al frente de alumnos como mínimo, tener 60 o 65 años de acuerdo al género, entre otras cuestiones.

Sin embargo, cabe preguntarse si el derecho de opción establecido en la ley se enmarca dentro de las atribuciones privativas del Congreso Nacional de establecer el régimen jubilatorio o si, por el contrario, se vincula con el régimen de permanencia docente, invadiendo entonces esa potestad de las universidades nacionales. En suma, adelanto alguna de las conclusiones del presente trabajo: la opción de continuidad plasmada en la ley vulnera la autonomía universitaria, ya que nada tiene que ver con el beneficio de la jubilación y, por esa razón, es inconstitucional⁶².

desplegarse con mayor intensidad el principio de la autonomía, lo que importa sustraer la cuestión del ámbito de competencias del Congreso, quien por lo tanto no puede atribuirle a ningún otro órgano estatal" (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt).

⁶⁰ En esta orden de ideas, el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires dispone que "El llamado a concurso periódico para el nombramiento de los profesores regulares tiene por objeto crear un ambiente que estimule la más intensa actividad intelectual y la mayor preocupación por la eficacia de la enseñanza" (art. 45).

⁶¹ "Art. 14 bis: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles...".

⁶² Recientemente, el 19 de marzo de 2018, en la causa "Universidad de Buenos Aires c/Estado Nacional – Ministerio de Trabajo – Resolución n° 33/09 s/ Proceso de Conocimiento", el

Nótese que el artículo 51 del Estatuto no contiene disposiciones de índole previsional y que la limitación temporal en la función docente tiene como objeto la renovación periódica por concurso de los hombres y mujeres a cargo de la enseñanza. Sobre esta finalidad, Alterini resalta las ideas expresadas por los estudiantes reformistas de 1918, al reseñar las proclamas de la época:

Abogamos por la continua renovación del profesorado para que la enseñanza se suministre siempre según las nuevas corrientes y las modernas concepciones y porque queremos que no se favorezca la inercia de la cátedra y que ella esté desempeñada en todo momento por los mejores (Acta n° 6 de FUA, 1918).⁶³

De hecho, cabe advertir que el Estatuto no formula un distinción etario entre varones y mujeres al momento de fijar el cese de la actividad docente, como sí lo hace la legislación de la seguridad social al puntualizar la edad jubilatoria.

Otro punto que evidencia que el régimen de permanencia no puede ser equiparado a la regulación jubilatoria es la circunstancia de que la legislación establece las condiciones de acceso a los beneficios de la seguridad social para cualquier docente universitario sin importar la categoría que revista. Por el contrario, de acuerdo al Estatuto universitario, sólo pueden acceder al rango de profesores consultos o eméritos los profesores regulares de 65 años, es decir, aquellos que deben su designación a un concurso de antecedentes y oposición.

Sobre esta cuestión, resulta esclarecedor trazar una analogía con el régimen de permanencia en el cargo y las jubilaciones de los jueces que integran el Poder Judicial de la Nación. Por una

titular del Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 1, Juez Ernesto Marinelli, falló en sentido contrario a las ideas de este trabajo, al declarar la inconstitucionalidad de la resolución del Consejo Superior 2067/11 en el entendimiento que restringe en forma irrazonable los beneficios previsionales de la L. 26.508.

⁶³ ALTERINI, ob. cit., p. 141.

parte, la CN –en su art. 99, inc. 4⁶⁴– establece que los jueces de la CSJN y los magistrados de los tribunales federales inferiores duran en sus cargos hasta los 75 años. Luego de esa edad pueden continuar desempeñando funciones si el Senado les presta un nuevo acuerdo. Por otra parte, la Ley 24.018⁶⁵ dispone que los jueces tienen el derecho a jubilarse a los 60 años, habiendo cumplido ciertos años de servicios y de aportes. De lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) que el poder constituyente reformador reguló el régimen de permanencia mientras que el Congreso estableció el sistema jubilatorio; 2) que estamos en presencia de cuestiones diferentes; 3) que la edad para ejercer el cargo no puede ser equiparada a la edad jubilatoria en el caso de los jueces, y 4) que, si la ley modificara el régimen de permanencia, sería inconstitucional ya que invadiría un ámbito que no es de su competencia.

Retomando, la regulación estatutaria persigue la renovación periódica del claustro docente por concursos. Para ello establece un tope etario de 65 años, el cual no resulta irrazonable ya que se adecua al estándar de retiro de la mayoría de las legislaciones, pero a su vez permite que los profesores con condiciones sobresalientes puedan continuar como consultos o eméritos al ser designados por los órganos democráticos. El acierto o desacierto del régimen de permanencia establecido por la Universidad de Buenos Aires no es susceptible de impugnación judicial, en el sentido de que “... no cabe a los tribunales examinar la

⁶⁴ “Art. 99 inc.4: Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. Esta disposición fue introducida en la última reforma constitucional y dio lugar a los precedentes “Fayt” y “Schiffirin”.

⁶⁵ Sancionada el 13/11/1991 y promulgada parcialmente el 9/12/1991.

oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos que hacen al gobierno y autonomía universitaria, sino que sólo pueden revisarse cuestiones atinentes a su legalidad”⁶⁶.

Para concluir el análisis, de acuerdo al principio de competencia el orden jerárquico se configura de la siguiente manera:

a) *Régimen jubilatorio (competencia exclusiva del Congreso)*

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. Las leyes dictadas de conformidad con el artículo 14 bis, CN.

b) *Régimen de permanencia (competencia exclusiva de la universidad)*

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.
2. Estatuto universitario.

Cabe advertir que este panorama se corresponde con los escenarios planteados en el capítulo anterior, en el sentido de que la temática determina el sujeto titular de la atribución normativa y, en consecuencia, distintos órdenes jerárquicos. En el caso de la edad jubilatoria, el órgano competente para obrar es el Congreso y en el caso de la edad de permanencia lo es la Universidad de Buenos Aires. En el primer tema la ley se posiciona por encima del Estatuto y en el segundo, de manera inversa.

IV. 2. Ley estatal compatible con la autonomía universitaria

En la causa “Universidad Nacional de Córdoba c/Estado Nacional – Ministerio de Trabajo y S.S. s/Acción Declarativa Art. 322 CPCC”⁶⁷ (2010), se discutió la constitucionalidad y la aplicabilidad de la Ley 24.308, modificatoria del Decreto-ley

⁶⁶ CSJN, “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba” (2000), Fallos: 323: 2659.

⁶⁷ Fallos: 333: 1951.

22.431, de protección a los discapacitados. El caso se inició con la acción declarativa de certeza deducida por la Universidad Nacional de Córdoba, a fin de que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las normas señaladas, con fundamento en que resultaban violatorias de la autonomía universitaria.

El artículo 1 de la Ley 24.308⁶⁸, titulada “Discapacitados”, modificó el artículo 11 del Decreto-ley 22.431⁶⁹ denominado “Sistema de protección integral de los discapacitados”:

El Estado Nacional, los entes descentralizados y autárquicos, las empresas mixtas y del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires están obligados a otorgar en concesión, a personas con discapacidad, espacios para pequeños comercios en toda sede administrativa. Se incorporarán a este régimen las empresas privadas que brinden servicios públicos. Será nula de nulidad absoluta la concesión adjudicada sin respetar la obligatoriedad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación, por ilegítima, de tal concesión.

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 795/94, del 23/5/1994, cuyo artículo 1 dispuso lo siguiente:

Quedan incluidos en el régimen del artículo 11 de la Ley n° 22.431, sustituido por el artículo 1° de la Ley n° 24.308, todos los organismos del Estado Nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, cualquiera fuere su naturaleza jurídica y la función que desempeñaren (Ministerios, Secretarías, entes descentralizados o autárquicos, empresas del Estado o de economía mixta, establecimientos sanitarios y educacionales de todos los niveles, obras sociales, etc.). Asimismo, quedan comprendidos en dicha norma todas las entidades o establecimientos privados que presten servicios públicos,

⁶⁸ Sancionada el 23/12/1993 y promulgada el 11/1/1994.

⁶⁹ Sancionado y promulgado el 16/3/1981.

tales como teléfono, energía eléctrica, gas, agua corriente, transporte terrestre, aéreo, marítimo o fluvial, asistencia sanitaria o educacional de todos los niveles, etc., así como también las obras sociales de los diversos sectores privados. En ambos casos la obligación impuesta por la ley deberá ser cumplida siempre que se trate de organismos, entidades o establecimientos a los que concurra diariamente un promedio de trescientas (300) personas como mínimo.

En resumen, de acuerdo a las disposiciones citadas, las universidades nacionales están obligadas a otorgar en concesión un espacio para pequeños comercios a personas con discapacidad.

Planteada la cuestión, corresponde en adelante determinar si las normas dictadas por el Congreso Nacional, en resguardo de las personas con discapacidad, invaden la autonomía universitaria. En este sentido, no se puede obviar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁰ contiene disposiciones que obligan al Estado a adoptar medidas en pos de la inclusión social y la no discriminación. En materia de trabajo y empleo⁷¹, la Convención compromete a los poderes

⁷⁰ Esta convención entró en vigor en el 2008, mediante la L. 26.378 y adquirió jerarquía constitucional en el 2014 con la L. 27.044.

⁷¹ "Art. 27: Trabajo y empleo 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que

estatales a generar políticas de empleo en el sector público. El incumplimiento de tal Convención acarrea la responsabilidad internacional del Estado. Sobre este punto, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición referida a las obligaciones que asumen los Estados federales por los miembros que la componen. Así, en su artículo 28, titulado “Cláusula Federal”, se establece lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose

las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio”.

efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Si bien la cláusula hace referencia a los Estados parte de la Federación, se aplica a todo el universo estatal, razón por la cual las universidades públicas están obligadas por la normativa convencional. En la misma sintonía, el artículo 75, inciso 23, CN, obliga al Congreso Nacional a promover medidas de acción positiva respecto de las personas con discapacidad⁷².

La CSJN resolvió el caso –haciendo suyos los fundamentos y conclusiones de la Procuración General– estableciendo que las normas sobre discapacidad dictadas por el Congreso Nacional no invaden la autonomía y, por lo tanto, son aplicables al ámbito de las universidades nacionales. Entre los argumentos principales de la sentencia cabe destacar los siguientes:

Las universidades deben disponer de las potestades necesarias para llevar a cabo su gestión respetando su contenido esencial, constituido básicamente por todos los elementos necesarios que hacen al aseguramiento de la libertad académica y la libertad de cátedra. Sin embargo, la facultad de dictar sus normas de funcionamiento interno, en particular aquellas que se vinculan al modo de administrar sus fondos, no puede en modo alguno convertirse en un obstáculo al ejercicio de las potestades que la Constitución confiere al Congreso para adoptar medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de derechos reconocidos por la Ley fundamental (art. 75, inc. 23) y los tratados internacionales por parte de las personas con discapacidad, materia que, sin duda, está librada a la discrecionalidad del legislador.

(...)

No importa un avasallamiento de la autonomía universitaria ni de la autarquía económico-financiera de la que

⁷² “Art. 75, inc. 23: (...) Legislar y promover medidas de acción positiva 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 sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

gozan, pues del mismo modo que las instituciones universitarias nacionales ejercen la autarquía dentro del régimen de la ley n° 24.156 y aplican el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales (art. 59 de la ley n° 24.521), no se advierten razones válidas que permitan sustraerlas de un sistema de protección de las personas con discapacidad, cuyo ámbito de aplicación fue definido claramente por el legislador.

(...)

Si bien las instituciones universitarias nacionales están en libertad de regular la generación de recursos adicionales, deben ejercer tal potestad en el marco jurídico que establecen la Constitución y la ley, circunstancia que impide considerar que la aplicación de ordenamientos que establecen una protección especial para personas discapacitadas en el ámbito universitario afecte el contenido esencial de la autonomía consagrada por el art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, conclusión que no implica la obligación automática de entregar en concesión espacios para pequeños comercios a todo aquel que lo peticione, sino que las autoridades universitarias deben cumplir el deber legal en los casos previstos en las normas ejerciendo sus atribuciones discrecionales al escoger a la persona discapacitada que se hará cargo del pequeño comercio.

En definitiva, la CSJN consideró que la aplicación de las normas de protección de las personas con discapacidad en las universidades no constituye un atropello al contenido de la autonomía, toda vez que es potestad del Congreso Nacional adoptar medidas para tutelar los derechos fundamentales.

En lo que tiene que ver con el plano de la operatividad de los derechos, la CSJN, en el caso “Biasizo Rogelio José c/UTN s/Empleo Público”⁷³ (2017), sostuvo:

Si bien es razonable que las universidades puedan disponer de las potestades necesarias para llevar a cabo su

⁷³ Fallos: 340: 983.

gestión respetando su contenido esencial, constituido básicamente por todos los elementos necesarios que hacen al aseguramiento de la libertad académica y la libertad de cátedra, la facultad de dictar sus normas de funcionamiento interno no puede en modo alguno convertirse en un obstáculo al ejercicio de los derechos consagrados por la Constitución Nacional.

Sin lugar a dudas, la obligación establecida en el Pacto de San José⁷⁴ de respetar y hacer efectivos los derechos fundamentales alcanza a las universidades, al igual que a los Estados, toda vez que son parte del entramado institucional.

En síntesis, respecto de la materia aquí tratada, el orden de prelación es el siguiente:

1. La CN / Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (en particular la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad).
2. Las leyes dictadas de conformidad con el artículo 75, incisos 18, 19 y 24, CN.
3. Los estatutos universitarios.

IV. 3. Una variedad de situaciones

Luego de analizar los casos anteriores, me interesa poner de relieve la multiplicidad de situaciones que pueden darse en cuanto a la interpretación de la autonomía de las universidades

⁷⁴ “Art. 1: Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

nacionales. A continuación, expongo un cuadro que refleja la diversidad de temas tratados por la CSJN.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Integración de los órganos de gobierno	Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/aplicación Ley 24521 E. 9. XXXIII. REX27/05/1999 Fallos: 322:842	“La delimitación del modo de integración de los órganos de la universidad no afecta el contenido esencial de la autonomía, sino que está dirigida a garantizar la representación de los distintos estamentos universitarios mediante una norma que asegura una posición predominante a los profesores, de modo que la libertad de actividad científica no se vea perturbada por la actuación de otros estamentos”.
		“Corresponde declarar la inconstitucionalidad de las previsiones legales que establecen detalladamente la forma en que los estatutos deben disponer la composición de los órganos de gobierno y control interno. Ello es así pues –más allá de que las previsiones de la ley puedan responder a nobles objetivos, tales como asegurar la transparencia del sistema, la integración democrática y plural de los órganos de gobierno– en un régimen de autonomía la regulación de estos aspectos corresponde al ente autónomo, sin perjuicio de su cuestionamiento por la vía y forma que corresponda (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt)”.
	Molina, José Luis c/Universidad Nacional de Catamarca. M. 922. XXX-VI.24/04/2003 Fallos: 326:1389	“La fijación de porcentajes mínimos de integración de los diferentes claustros en los órganos de gobierno de la universidad no importa inmiscuirse en la potestad normativa de la misma ni afecta el contenido esencial de la autonomía, sino que está dirigida a garantizar la representación de los distintos estamentos universitarios mediante una norma que asegura una posición predominante a los profesores de modo que la libertad de actividad científica no se vea perturbada por la actuación de otros estamentos. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Integración de los órganos de gobierno	Ministerio de Cultura y Educación de la Nación c/Universidad Nacional de La Plata s/inf. Ley 24521 art. 34 M. 910. XLVI. REX16/02/2016 Fallos: 339:115	“Una interpretación razonable y armónica de la ley permite concluir que la prohibición que surge del art. 53, inc. d) de la ley 24.521 de Educación Superior sólo se dirige a limitar la participación en los órganos de gobierno de los graduados en relación de dependencia con la universidad, a los fines de la representación de su claustro en el carácter que les es propio, esto es, el de graduados, pero nada dice respecto del agrupamiento de los representantes de diferentes estamentos y la conformación de los padrones, cuestiones previstas por las normas impugnadas del estatuto (arts. 88, inc. 4° y 94, 2° párrafo)”.
Carga horaria docente	Biasizo, Rogelio José c/ UTNs/empleo público CAF 017662/2011/ CS00110/08/2017 Fallos: 340:983	“La regulación de las incompatibilidades del personal docente de las universidades nacionales mediante el convenio colectivo de trabajo que el Poder Ejecutivo homologó por el decreto 1470/98 no parece entrañar una afectación de la autonomía universitaria, ni una limitación a su potestad regulatoria, puesto que, en definitiva, permite que cada universidad establezca su propio régimen y sólo fija la máxima carga horaria que se le puede adjudicar a un docente con miras a un óptimo desempeño académico. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite)”.
Régimen de administración de personal	Ryser, Walter Adolfo c/ Universidad Nacional de Catamarca s/ apelación art. 32 Ley 24521 R. 512. XLIX. RHE03/05/2017 Fallos: 340:614	“La Universidad Nacional de Catamarca, en su carácter de institución universitaria nacional, es una persona jurídica de derecho público con autonomía académica y autarquía económica y financiera (art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional), correspondiéndole, según lo establecido por el art. 59 de la ley 24.521, fijar su régimen de administración de personal. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite)”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Régimen de administración de personal	Franchini Rafael Luis Hoy Jerosimich Margarita c/ resol. n°320/03 del Consejo Sup. de la UNNE s/recurso de apelación art. 32 de la Ley 24521 F. 156. XLV. ROR04/09/2012 Fallos: 335:1655	“Cabe confirmar la sentencia que anuló la resolución del Consejo Superior de la Universidad del Nordeste, mediante la cual se había dispuesto que los decretos 894/01 y 946/01—que establecían la incompatibilidad entre el cobro de un haber previsional y una remuneración por cargo en la función pública— eran aplicables al ámbito de esa universidad, pues dicha decisión, lejos de cercenar la autonomía universitaria, la asegura al resolver que no se aplique en su ámbito un régimen destinado a regir al personal de la Administración central. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)”.
Integración de los jurados de los concursos	Mocchiutti, Juan c/ UNC. s/ contencioso-administrativo M. 884. XXIII.04/11/1997 Fallos: 320:2298	“Aunque en determinadas condiciones los alumnos y egresados participen en las decisiones de la universidad, ello no autoriza a trasladar sin limitaciones el principio de cogobierno universitario al ámbito académico, otorgándole a su intervención en los concursos docentes carácter decisorio, pues ello desnaturaliza la finalidad del Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba”.
	Ministerio de Educación de la Nación c/Universidad Nac. del Noroeste de la Prov. de Bs. As. s/recurso administrativo directo M. 976. XLV. REX11/12/2014	“Las previsiones del Estatuto de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) que contemplan la participación de un estudiante en los jurados docentes en iguales condiciones que los otros miembros (profesores por concurso o personas que sin serlo cuenten con idoneidad indiscutible) y establecen que aquél tenga aprobadas las materias del área que se concursa y cumpla con las condiciones requeridas para integrar el claustro, se presentan incompatibles con los principios de organización de la educación superior. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite)”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Integración de los jurados de los concursos	Ministerio de Educación de la Nación c/Universidad Nacional del Noroeste de la Prov. de Bs. As. s/recurso administrativo directo M. 976. XLV. REX11/12/2014	“Corresponde confirmar la sentencia que rechazó las observaciones a los arts. 24 y 25 del Estatuto de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires que contemplan que un estudiante que tenga aprobadas las materias del área que se concursa y cumpla con las condiciones requeridas para integrar el claustro forme parte del jurado para sustanciar los concursos docentes, ya que siendo los estudiantes sujetos pasivos del derecho de aprender y con derecho a educarse y a elegir la educación impartida, no se muestra irrazonable que quienes tienen el derecho de educarse y de elegir la educación impartida, participen en alguna medida –mínima en este caso– en el criterio de selección de los aspirantes a ejercer las funciones de las que luego serán destinatarios. (Disidencia de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carlos S. Fayt)”.
Autarquía económico-financiera	Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/aplicación ley 24521 E. 9. XXXIII. REX27/05/1999 Fallos: 322:842	“Frente a los claros términos de la ley 24.156, a la que remite el art. 59 de la Ley de Educación Superior, resulta ilegítimo que la universidad pretenda, a través de la norma estatutaria, sustraerse a la aplicación de dicho régimen legal –al que obligatoriamente debe someterse– limitando su sujeción a un aspecto parcial de aquél como es la verificación posterior de la realidad del gasto”.
	Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de General Sarmiento s/recurso E. 129. XL. REX06/05/2008	“La decisión de dictar disposiciones respecto del art. 59 de la ley 24.521, que al referirse al sostenimiento y régimen económico financiero, dispone que las universidades tienen autarquía económico financiera y, en ese marco, el inc. c establece que podrán dictar normas relativas a la generación de recursos adicionales a los aportes del Tesoro Nacional, mediante la venta de bienes, productos, derechos o servicios, subsidios, contribuciones, herencias, derechos o tasas por los servicios que presten, así como todo otro recurso que pudiera corresponderles por cualquier título o actividad, queda en el ámbito de la autonomía de la institución”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Requisitos de validez para los títulos	Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco – rector) c/Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario. U 2 XXXIII27/05/1999 Fallos: 322:919	“No resulta válido sostener que los arts. 29, inc. f), 42 y 43 de la ley 24.521 vulneren la autonomía universitaria al otorgar al Ministerio de Cultura y Educación, en coordinación con los órganos creados al efecto, la fijación de requisitos de validez para los títulos (carga horaria mínima, contenidos curriculares básicos y criterios de intensidad de la práctica profesional) cuando lo comprometido de modo directo es el servicio educativo nacional”.
		“Corresponde admitir los cuestionamientos constitucionales de los arts. 42 y 43 inc. a, de la ley 24.521, pues tanto la carga horaria en los planes de estudio y la fijación de los contenidos curriculares mínimos resultan ajenas a las facultades del Congreso y propias –dentro de un régimen de autonomía– precisamente de esos entes autónomos. (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt)”.
		“Por incurrir en avasallamiento del ámbito académico, reservado a la universidad nacional, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 42 in fine, de la ley 24.521 (carga horaria mínima); del art. 43, inc. a (injerencia del Ministerio de Cultura y Educación en la definición de los contenidos curriculares y de criterios sobre intensidad de la formación práctica); y del art. 43, inc. b (régimen de “acreditación periódica” de las carreras). (Disidencia parcial del Dr. Augusto César Belluscio)”.
Evaluaciones externas	Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario. U 2 XXXIII27/05/1999 Fallos: 322:919	“Las conclusiones que resulten de las evaluaciones externas carecen de efectos vinculantes para las universidades, en tanto la ley 24.521 prevé únicamente que las recomendaciones para el mejoramiento institucional que surjan de tales evaluaciones tendrán estado público (art. 44)”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Evaluaciones externas	Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/ Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario. U 2 XXXIII27/05/1999 Fallos: 322:919	<p>“Son inconstitucionales los arts. 43, inc. b, 44, 45 y 46, inc. b, de la ley 24.521, en tanto pretenden regular el control externo de la actividad docente universitaria, pues constituyen una indebida injerencia en el ámbito en el que precisamente debe reinar la autonomía sin cortapisas, como es el estrictamente académico. (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt)”.</p> <p>“Corresponde declarar la invalidez constitucional del art. 44 de la ley 24.521 en cuanto dispone evaluaciones externas que abarcarán las funciones de docencia, investigación y extensión y la gestión institucional de las universidades nacionales. La circunstancia de que estas evaluaciones finalicen en “recomendaciones” públicas no convierte en meramente conjetural el agravio, pues se ha plasmado una injerencia indebida en el ámbito de autonomía de las universidades nacionales que justifica tal descalificación, como así también del art. 46, inc. b, de la mencionada ley, en cuanto concierna a universidades nacionales. (Disidencia parcial del Dr. Augusto César Belluscio)”.</p>
Ingreso a la carrera docente mediante concursos	Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario. U 2 XXXIII27/05/1999 Fallos: 322:919	<p>“El art. 51 de la Ley de Educación Superior no vulnera la autonomía universitaria en la medida en que hace al diseño de la organización educativa, que compete al Congreso en uso de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional, sin que sustraiga a las instituciones universitarias –por ser competencia propia y exclusiva de ellas– la facultad de efectuar la selección y designación de su personal docente”.</p>
Comunicación de los estatutos al Poder Ejecutivo	Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Luján s/aplicación ley 24.521 E. 9. XXXIII. REX27/05/1999 Fallos: 322:842	<p>“El juego armónico de los arts. 34 y 79 de la ley 24.521 deja al descubierto que la comunicación de los estatutos al ministerio y la posibilidad de que el Estado Nacional, por su intermedio, los cuestione judicialmente, no viola en modo alguno la autonomía universitaria consagrada por la Constitución Nacional, desde que no escapa a la jurisdicción del Poder Judicial ninguno de los problemas jurídico –institucionales que se puedan suscitar en la universidad. (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt)”.</p>

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Control de los actos de las Universidades	González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba. G 653 XXXIII19/09/2000 Fallos: 323:2659	“Sentada la competencia del Consejo Superior de la Universidad de Córdoba para dictar la Ordenanza 2/97, por la que se transformó al Colegio Nacional de Monserrat en un establecimiento de educación mixta, no cabe a los tribunales examinar la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos que hacen al gobierno y autonomía universitaria, sino que sólo pueden revisarse cuestiones atinentes a su legalidad”.
	Tandecarz, Juana Sara y otros c/Universidad de Buenos Aires. T. 171. XXXIV.02/07/2002 Fallos: 325:1676	“La designación y separación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la Universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial estén afectados por arbitrariedad manifiesta; afirmación que se sustentaba en las cláusulas constitucionales que encomiendan a los poderes políticos del Estado proveer lo conducente al progreso de la educación y que actualmente encuentra también fundamento en la autonomía y autarquía de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19)”.
	Loñ, Félix Roberto c/UBA - Resols. 859 y 860/98 797 y 798/98 L. 461. XXX-VI.15/07/2003 Fallos: 326:2374	“Corresponde rechazar el agravio fundado en la discrepancia del recurrente con los criterios de valoración seguidos por el jurado pues ello implica concebir la revisión judicial con un alcance que llevaría a los jueces a sustituir los criterios del jurado y a interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional”.
	Piaggi, Ana Isabel c/Universidad de Buenos Aires (UBA) Resolución 3582/2000 P. 2708. XXX-VIII.29/06/2004 Fallos: 327:2678	“La autonomía universitaria no puede ser entendida de tal manera que implique colocar a las universidades, en el plano normativo, al margen de todo control de constitucionalidad y legalidad, desconociéndose así el principio general del art. 116 de la Constitución Nacional, piedra angular del sistema judicial argentino”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
Régimen admisión, permanencia y promoción de los estudiantes	Monges, Analía M. c/UBA. - resol. 2314/95 M. 399. XXXII.26/12/1996 Fallos: 319:3148	“El art. 50 in fine de la ley 24.521 mediante el cual el legislador delegó el ejercicio de su competencia para fijar planes de admisión que garanticen la capacidad de los aspirantes, en las facultades pertenecientes a universidades con más de cincuenta mil estudiantes, no desconoce sino que afirma la autonomía de las universidades, ya que el Congreso lo atribuyó a órganos integrantes de aquéllas”.
	Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) Resolución 2314/95 B 147 XXXIV30/06/1998 Fallos: 321:1799	“El art. 50 in fine de la ley 24.521 mediante el cual el legislador delegó el ejercicio de su competencia para fijar planes de admisión que garanticen la capacidad de los aspirantes, en las facultades pertenecientes a universidades con más cincuenta mil estudiantes, no desconoce sino que afirma la autonomía de las universidades, ya que el Congreso lo atribuyó a órganos integrantes de aquéllas”.
		“El art. 50 de la ley 24.521, en cuanto habilita a las facultades a decidir temas relativos al modo en que se obtiene y mantiene la condición de estudiante universitario, ha pretendido establecer una delegación inconstitucional en favor de un órgano dependiente de las universidades, lo cual excede las competencias del poder legislativo y puede ser exclusivamente dispuesto por el órgano supremo de la estructura universitaria. (Disidencias de los Dres. Carlos S. Fayt y Gustavo A. Bossert)”.
	Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c/Estado Nacional –declaración de inconstitucionalidad– sumario. U 2 XXXIII27/05/1999 Fallos: 322:919	“El art. 50 in fine de la ley 24.521 concreta una delegación en favor de un órgano dependiente de las universidades que es inconstitucional por cuanto limita sustancialmente una atribución que, por mandato del poder constituyente, corresponde a la universidad como centro unitario (Disidencia parcial del Dr. Augusto César Belluscio)”.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN		
TEMA	CASO	OPINIÓN
		"El art. 50 de la ley 24.521 es violatorio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt)".
	Brito, Guillermo Octavio y otros c/Universidad Nacional de Tucumán. B. 405. XXX-VI.24/02/2004 Fallos: 327:227	"En ejercicio de la competencia atribuida por el art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional, el Congreso dictó la ley 24.521, cuyo art. 29 define, en general, la autonomía académica e institucional de las universidades al expresar que comprende, entre otras atribuciones, la de establecer el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes (inc. j) y el art. 50 in fine prescribe que dicho régimen será definido por cada facultad cuando las universidades cuenten con más de cincuenta mil estudiantes. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–".

V. Conclusiones

En este trabajo propuse la distinción entre el criterio jerárquico y el de competencias, para comprender adecuadamente las distintas relaciones que pueden suscitarse entre normas creadas por distintos poderes, órganos y entes. Los conflictos analizados no se resuelven por aplicación del principio jerárquico, haciendo prevalecer automáticamente la ley sobre el estatuto. La ley no puede entrometerse en asuntos que hacen a la esencia de la autonomía universitaria. Por esta razón, se debe recurrir al principio de competencia para arribar a una solución jurídica congruente con las tareas que la CN le encomienda tanto al Congreso Nacional como a las universidades nacionales. De igual modo, se tiene que utilizar el criterio de especialidad para identificar al titular de la atribución regulatoria.

En cuanto al primer conflicto planteado, por un lado, el régimen jubilatorio es competencia y especialidad del Congreso Nacional y, por otro, el régimen de permanencia de los profesores es competencia y especialidad de las universidades

nacionales. La seguridad social es tarea del Congreso Nacional, ya que así lo mandan los artículos 14 bis y 75, inciso 12, CN. En la misma línea se encuentra el artículo 75, inciso 23, CN, que obliga al Congreso Nacional a adoptar medidas de acción positiva que incluyan a las personas con discapacidad.

La autonomía académica plasmada en la CN y reconocida por la ley de Educación Superior opera como garantía para el cumplimiento de las misiones primordiales de las universidades nacionales. En esa óptica, las universidades regulan el acceso y la permanencia docente, estableciendo el régimen de concursos, con el afán de cumplir con las bases de su estatuto.

En pocas palabras, se configura la inconstitucionalidad de la Ley 26.508, en virtud de que el Congreso Nacional actuó fuera del marco de su competencia, al regular cuestiones que exceden los beneficios de la seguridad social y que guardan relación con el régimen de permanencia docente, el cual es facultad privativa de las Universidades Nacionales. Sobre este tema, es dable recordar el Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria de 1918, por su evidente actualidad y aplicación al caso analizado: “Nuestro régimen universitario –aún el más reciente– es anacrónico. Está fundado sobre una especie de derecho divino; el derecho divino del profesorado universitario. Se crea a sí mismo. En él nace y en él muere”.

En relación con la segunda problemática estudiada, la implementación de políticas públicas de protección de los discapacitados es competencia y especialidad del Congreso Nacional y las universidades nacionales deben aplicar esa legislación. Como he señalado anteriormente, el Congreso Nacional está obligado por la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a diseñar políticas de inclusión y no discriminación para las personas con discapacidad. La implementación de esa legislación es compatible con la autonomía de las universidades, toda vez que no se vincula con su especialidad o razón de ser.

La posibilidad de que las universidades se den sus propias normas en lo institucional, lo político, lo administrativo y lo

académico no las habilitan a pergeñar un sistema de protección propio e independiente de los derechos fundamentales, que nada tiene que ver con los fines para los cuales la CN las invistió de autonomía. La tarea de reglamentación y efectivización de los derechos de raíz constitucional o convencional está asignada, en primer término, al Congreso Nacional, en virtud de lo cual la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones del legislador no afectan el núcleo esencial de la autonomía.

Ello no impide que las universidades diseñen políticas coadyuvantes de protección de los derechos. En este sentido, cabe destacar que la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires mediante Resolución (D) n° 5110/04, del 16 de marzo de 2004, creó el “Programa Universidad y Discapacidad”, cuya misión primordial es cooperar en la integración de personas con discapacidad. Del mismo modo, el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, mediante Resoluciones (CS) n° 154/02 y 1859/03, dispuso la creación de una comisión de estudio y un área permanente para la atención de la problemática de las personas con discapacidad. Luego de ello, el Rector dictó la Resolución 339/07, del 25 de abril de 2007, mediante la cual se creó el “Programa Discapacidad y Universidad” con las siguientes funciones:

- a) Promover estudios que favorezcan la inclusión plena de las personas con discapacidad y proponer medidas para eliminar todas las formas de discriminación (...);
- b) Trabajar para lograr la plena accesibilidad física, comunicacional, cultural y pedagógica en todos los ámbitos de la universidad y
- c) Favorecer la concientización de todos los miembros de la comunidad universitaria, en relación con los derechos y necesidades de las personas con discapacidad y lograr así su plena integración en la vida académica.

Ambos programas son un buen ejemplo de políticas creadas por la UBA que no se entrometen en atribuciones propias del Congreso Nacional y que contribuyen a la realización del catálogo de derechos fundamentales. Asimismo, este tipo de iniciativas se

enmarcan dentro del principio reformista de la extensión universitaria y en la función social que debe cumplir la universidad.

El abanico de temas involucrados con la educación superior es extenso y complejo, razón por la cual no es tarea sencilla delimitar las competencias del Congreso Nacional y de las universidades nacionales. Un análisis minucioso de la Ley de Educación Superior arrojaría como resultado que parte de su articulado se entromete en asuntos que hacen a la esencia de la autonomía de las universidades, mientras que otras disposiciones no lo hacen, puesto que su dictado es la consecuencia natural del ejercicio de potestades inherentes del Congreso Nacional.

El legislador puede y debe regular las atribuciones de las instituciones universitarias con el afán de lograr el progreso de la Nación, pero no puede ignorar los principios esenciales de la autonomía universitaria. Estos principios, indiscutiblemente, están vinculados a la Reforma Universitaria de 1918, toda vez que son su fruto y conforman el núcleo esencial del quehacer universitario. Los postulados de aquella reforma definen el contenido básico de la autonomía universitaria y deben ser respetados por la legislación. El Congreso no puede regular las materias elementales de la vida universitaria.

En suma, por una parte, el Congreso puede establecer políticas públicas para la educación superior, pero esas líneas de acción, que son discrecionales, no deben afectar el reducto de competencias esenciales que posibilitan las misiones constitucionales de las universidades nacionales. Por otra parte, el Poder Ejecutivo debe ser extremadamente cauteloso en el uso de sus atribuciones reglamentarias, debido a que el poder de reglamentar los detalles de las leyes de la educación superior es tarea de las universidades.

En conclusión, la educación superior requiere del trabajo articulado del Congreso Nacional –en cuanto poder representativo de la sociedad– y de las universidades nacionales –en su carácter de institución autónoma del gobierno de turno– en un diálogo permanente y constructivo que respete e identifique las competencias que la CN le asigna a cada uno en sus roles y funciones.

Bibliografía

1. Doctrina

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *La universidad pública en un proyecto de nación*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- ÁLVAREZ, Gonzalo y SCIOSCIOLI, Sebastián, “Las bases constitucionales de la educación argentina a la luz de la reforma constitucional de 1994”, en Bernal, Marcelo, Pízzolo, Calogero y Rossetti, Andrés (Coordinadores), ¡Que veinte años no es nada!: un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- DALLA VÍA, Alberto R., *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- FERREYRA, Raúl Gustavo: *Fundamentos Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- , *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2016.
- FINOCCHIARO, Alejandro, *El mito reformista*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- LUCHILO, Lucas, “El gobierno de la universidad reformista: los debates para el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires (1958)”, en Albornoz, Mario y Crespo, Manuel (Compiladores), *La universidad reformada: hacia el centenario de la reforma universitaria de 1918*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017.
- LUNA, Félix, *Yrigoyen*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1982.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t .1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La autonomía universitaria”, en La Ley, t. 1987-B.

STUBBRIN, Adolfo, “La Reforma de 1918: el hecho crucial para la configuración universitaria de la Argentina”, en Albornoz, Mario y Crespo, Manuel (Compiladores), *La universidad reformada: hacia el centenario de la reforma universitaria de 1918*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017.

2. Jurisprudencia de la CSJN

“S.A. Martín y Cía. Ltda. v. Nación Argentina” (1963), *Fallos*: 257:99.

“Universidad Nacional de Buenos Aires c/Estado Nacional (PEN) s/inconstitucionalidad de decreto” (1991), *Fallos*: 314:570.

“Ekmekdjíán, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros” (1992), *Fallos*: 315:1492.

“Monges, Analía M. c/UBA (Universidad de Buenos Aires) Resolución 2314/95” (1996), *Fallos*: 319:3148.

“Mocchiutti, Juan c/ UNC s/contencioso administrativo” (1997), *Fallos*: 335:1655.

“Barsanti, Agustina c/ UBA (Universidad de Buenos Aires) Resolución 2314/95” (1998), *Fallos*: 321:1799.

“Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c/Universidad Nacional de Lujan s/ Aplicación Ley 24521” (1999), *Fallos*: 322:842.

“Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco – rector) c/Estado Nacional – declaración de inconstitucionalidad – sumario” (1999), *Fallos*: 322:919.

“González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba” (2000), *Fallos*: 323:2659.

“Tandecarz, Juana Sara y otros c/Universidad de Buenos Aires” (2002), *Fallos*: 325:1676.

“Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco Nación Argentina s/ daños y perjuicios” (2003), *Fallos*: 326:1355.

“Molina, José Luis c/Universidad Nacional de Catamarca” (2003), *Fallos*: 326:1389.

“Loñ, Félix Roberto c/UBA – Resols. 859 y 860/98 y 798/98” (2003), *Fallos*: 326:2374.

- “Brito, Guillermo Octavio y otros c/Universidad Nacional de Tucumán” (2004), *Fallos*: 327:227.
- “Piaggi, Ana Isabel c/Universidad de Buenos Aires (UBA) Resolución 3582/2000” (2004), *Fallos*: 327:2678.
- “Estado Nacional – Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de General Sarmiento s/ Recurso” (2008).
- “Ministerio de Cultura y Educación – Estado Nacional s/art. 34 de la ley 24.521” (2008), *Fallos*: 331:1123.
- “Universidad Nacional de Córdoba c/Estado Nacional – Ministerio de Trabajo y S.S. s/Acción Declarativa Art. 322 CPCC” (2010), *Fallos*: 333:1951.
- “Franchini, Rafael Luis –hoy Jerosimich Margarita c/Resol. N° 320/3 del Consejo Sup. De la UNNE s/ Recurso de Apelación art. 32 de la Ley 24.521” (2012), *Fallos*: 335:1655.
- “Ministerio de Educación de la Nación c/Universidad Nac. Del Noroeste de la Prov. De Bs. As. s/Recurso Administrativo Directo” (2014).
- “Universidad Nacional de Rosario c/Entre Ríos, Provincia de s/Amparo (Daño Ambiental) (2014), *Fallos*: 337:1447.
- “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación c/Universidad Nacional de la Plata s/Inf. Ley 24.521 art. 34” (2016), *Fallos*: 339:115.
- “Ryser, Walter Adolfo c/Universidad Nacional de Catamarca s/Apelación art. 32 Ley 24.521” (2017), *Fallos*: 340:614.
- “Biasizo, Rogelio José c/UTN s/Empleo Público” (2017), *Fallos*: 340:983.

3. Otros documentos

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, “Aportes de la Universidad de Buenos Aires hacia la Conferencia Regional de Educación Superior de América Latina y el Caribe 2018”, aprobado mediante Resolución (CS) 345/08, del 25 de abril del 2018.

Novedades Legislativas

*Eduardo Baldi*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 388-397

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e310>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3933-2611>

Nación

Ley N° 27.504. Financiamiento de partidos políticos

La mencionada ley regula el financiamiento de campañas políticas y habilita a las empresas a donar fondos a los distintos espacios desde este mismo año.

La norma aprobada por el Congreso recibió un veto parcial del Poder Ejecutivo, a través del decreto N° 388/2019, que observó el inciso “i” del artículo 5, donde establecía que los partidos políticos no podrían aceptar aportes o donaciones de personas humanas o jurídicas que se encuentren *“imputadas en un proceso penal en trámite por cualquiera de las conductas previstas en la ley penal tributaria vigente o que sean sujetos demandados de un proceso en trámite ante el Tribunal Fiscal de la Nación por reclamo de deuda impositiva”*.

Desde el Poder Ejecutivo señalaron que el Tribunal Fiscal de la Nación “es un organismo que recibe reclamos de los contribuyentes contra resoluciones dictadas por la AFIP”, y aclararon que el contribuyente “no es el demandado sino el que demanda si cree que no le corresponde pagar un impuesto”.

¹ Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. E-mail: eduardoabaldi@hotmail.com

Ley N° 27.510. Modifica el artículo 40 inc. c) de la Ley de Tránsito

Autoriza que el comprobante de seguro pueda ser exhibido en formato papel impreso o digital a través de dispositivos electrónicos

Ley N° 27.517. Instituye al día 18 de febrero de cada año como el “Día Nacional del Síndrome de Asperger”

Dispone que el Poder Ejecutivo nacional arbitre las medidas necesarias para realizar durante ese día actividades y campañas para la visibilización del mencionado síndrome.

Ley N° 27.512. “Ley general de reconocimiento y protección de las personas apátridas”

Estatuye que “apátrida” es toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, y establece un sistema de protección para quienes soliciten su condición de apátrida y el procedimiento a llevar para su determinación, además de enunciar los excluidos de la ley, los derechos y deberes de los apátridas y su grupo familiar, los principios aplicables, y las competencias de la Comisión Nacional para los refugiados (CONARE), que será el órgano competente para la determinación de la condición de apátrida.

Decreto N° 471/2019. Autoriza a los Ministros y otros funcionarios a resolver recursos administrativos

El Poder Ejecutivo, dispuso autorizar al Jefe de Gabinete de Ministros, al Secretario General de la Presidencia y demás Ministros del Poder Ejecutivo a delegar en los Secretarios de Gobierno que actúen en su ámbito, la resolución de los recursos jerárquicos interpuestos por los particulares contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado emanados de sus órganos inferiores.

El decreto también autoriza en idénticos términos para los recursos de alzada y de reconsideración. Además, se establece

su entrada vigencia a partir de su publicación, es decir, del día de la fecha.

La medida, según consigna en sus fundamentos, tiende “a reducir los trámites excesivos, a la simplificación de procesos de toma de decisiones que afectan a los administrados, a la elaboración de normas que nos lleven a un Estado eficiente en su respuesta a las necesidades ciudadanas y a dar cumplimiento a los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites establecidos en el artículo 1° inciso b) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549”.

Decreto N° 520/2019. Establece distintas conmemoraciones por el vigésimo quinto aniversario de la sanción de la reforma de la Constitución Nacional, jurada el 24 de agosto de 1994

La norma establece que la Jefatura de Gabinete, en conjunto con los Ministerios y Secretarías de la Presidencia de la Nación, dispondrá del diseño y la planificación de los actos conmemorativos a desarrollarse entre los días 14 y 24 de agosto.

Entre sus fundamentos, destacó que “es una oportunidad excepcional para promover los valores contenidos en nuestra Carta Magna y revitalizar los ideales que ella nos propone, reconociendo el protagonismo y la robustez que los principios constitucionales deben tener en toda sociedad democrática”.

Asimismo, la norma creó la Medalla Conmemorativa de los Veinticinco años de la Reforma Constitucional del año 1994 y dispuso que sea entregada “en reconocimiento a la labor desempeñada por los y las Convencionales Constituyentes en la ceremonia oficial que se organice a tal efecto”.

Decreto N° 532/2019. Restablece el rango de Ministerio al área de Agricultura, Ganadería y Pesca

Cabe recordar que en 2018 había sido transformado a una Secretaría.

“Considerando la trascendencia que la agricultura, la ganadería y la pesca tienen para el progreso y el desarrollo de la

economía nacional y de la población en su conjunto, se hace necesaria la jerarquización de las áreas con competencia en la materia, a fin de fomentar el sector y maximizar la participación de los distintos actores involucrados, con norte en el mayor agregado de valor en el país”, argumenta el citado Decreto.

Asimismo, agrega: “La transformación de la Secretaría de Gobierno de Agroindustria del Ministerio de Producción y Trabajo en Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca permitirá perfeccionar el uso de los recursos públicos, incrementando la calidad de la acción estatal, además de concretar las metas políticas diagramadas, y de optimizar la gestión pública orientada hacia el sector”.

Por otra parte, a través del Decreto 533/2019, se designó como Ministro a cargo del organismo a Luis Miguel Etchevehere.

Decreto N° 560/19. Nueva reglamentación de la Ley de estupefacientes 23.737 y el artículo 77 del Código Penal

Modifica las sustancias se van a entender como estupefacientes, psicotrópicos y demás elementos susceptibles de producir dependencia física o psíquica. Se incluyen 134 nuevas sustancias.

En efecto, este decreto deroga la reglamentación sancionada durante el Gobierno de Carlos Saul Menem, el cual ya había sufrido modificaciones el año pasado cuando se incluyeron 22 nuevas sustancias dentro los considerados estupefacientes y por ende, drogas prohibidas.

La medida del Gobierno obedece a que la Comisión de Estupefacientes de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) ha incluido nuevas categorías dentro de las “nuevas sustancias psicoactivas” (NSP) o drogas de diseño, las que considera como “una amenaza para la salud pública”.

En la descripción brindada en el decreto, se especifica la inclusión de cannabinoides, opioides y catinonas sintéticos, anfetaminas y metanfetaminas, entre otras sustancias y

derivados de las nuevas NSP, dejando un total de 462 sustancias prohibidas.

Decreto N° 561/19. Establece medidas paliativas para afrontar la situación económica

El mencionado Decreto establece el aumento del piso del mínimo no imponible en un 20%, reduce en un 50% los anticipos que deban ingresar los trabajadores autónomos en concepto de impuesto a las ganancias en los meses de octubre y diciembre del Ejercicio 2019, bonifica el impuesto integrado de septiembre de 2019, para los pequeños contribuyentes adheridos al Monotributo que hayan cumplido con el ingreso de las cuotas del impuesto de los períodos de enero a agosto de este año.

Además establece que el Estado Nacional financiará el aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia que se devengue durante los meses de agosto y septiembre del año 2019 en una suma equivalente a \$2.000 mensuales o al 100% de su valor, lo que resulte menor. Para los contratos a tiempo parcial, el importe será proporcional al tiempo trabajado considerando la jornada habitual de la actividad y también deberá efectuarse la proporción que corresponda, en aquellos casos en que, por cualquier motivo, el tiempo trabajado involucre una fracción inferior al mes.

Los beneficiarios serán exclusivamente aquellos quienes tengan una remuneración bruta mensual devengada en el mes de hasta \$60.000.

Aclara el Decreto que las erogaciones que demande el cumplimiento de estas disposiciones se financiarán con aportes del Tesoro Nacional y la AFIP será la encargada de dictar las normas que resulten necesarias para la aplicación del beneficio.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 566/2019. Dispone el congelamiento del precio de los combustibles por 90 días

La medida se enmarca en el paquete que estableció el Gobierno Nacional para enfrentar la suba del dólar y el adverso

resultado electoral de las PASO del 11 de Agosto. Toma como base los valores vigentes al 9 de agosto pasado.

“Ante la magnitud de los recientes acontecimientos económico financieros desencadenados, de público conocimiento, es obligación del Poder Ejecutivo Nacional utilizar los instrumentos a su alcance y adoptar las medidas específicas necesarias para proteger a los consumidores”, fundamentó el Ejecutivo en el decreto.

Decreto N° 567/2019. Dispone la eliminación del Impuesto al Valor Agregado en alimentos básicos

La medida que regirá hasta el 31 de diciembre de este año, incluye a aceites de girasol, maíz y mezcla; pastas secas; leche, yogures; yerba mate; té; harinas de trigo; polenta; hortalizas; conservas de frutas y legumbres de la línea de marcas que se encuentran en las góndolas.

Se trata de una baja transitoria de la alícuota que pasará del 21% a 0% en los referidos productos y que tendrá un costo fiscal aproximado de 10.000 millones de pesos.

La medida se enmarca en la emergencia generada por la suba del dólar y la reacción del oficialismo ante la derrota electoral de las PASO del pasado domingo 11 de Agosto.

Decreto N° 589/2019. Dispone el pago de un bono para los empleados de la administración pública nacional

Con el objeto de atenuar el impacto de la suba del dólar luego del resultado de las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias (PASO).

La medida, que se cobrará a partir del 1° de septiembre, alcanza al personal de la Administración Pública Nacional, residentes de la Secretaría de Salud, de la AFI, como también Aviación Civil, Biblioteca Nacional, ISER, Fondo Nacional de las Artes, Instituto Nacional del Teatro, Curia Castrense u oficina Central del Obispado Castrense, talleres gráficos del ministerio de Educación, comando de transportes navales, Vialidad Nacional,

Anses, personal militar, fuerzas de seguridad y policiales, Gendarmería, Prefectura, Policía Federal, Policía de Seguridad Aeroportuaria, ministerio de Seguridad y Servicio Penitenciario Federal.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 609/2019 Determina que la compra de dólares requerirá una autorización del Banco Central

La medida se extenderá hasta el 31 de diciembre. También fija nuevos plazos para que los exportadores liquiden los dólares. Además, autorizó el pago de impuestos con los títulos de la deuda sujetos a la reperfilación de vencimientos.

La medida excepcional se implementó en un marco de alta volatilidad de la economía argentina en la cual se han registrado la caída en las reservas del Banco Central y salida de divisas del país.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 610/2019 Homologa la Resolución del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil

Se determina un incremento escalonado del haber mínimo, que pasará de \$12.500 a \$16.875.

El decreto establece que: “Los montos fijados para el Salario Mínimo, Vital y Móvil, de la Resolución del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil del 30 de agosto de 2019, tendrán vigencia a partir del 1° de agosto de 2019, del 1° de septiembre de 2019 y del 1° de octubre de 2019, respectivamente”.

“La percepción del Salario Mínimo, Vital y Móvil es uno de los derechos sociales fundamentales que las leyes deben asegurar a todos los trabajadores”, sostiene.

Resolución N° 2/19 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil

En el marco de las medidas dispuestas para paliar la crisis, se dispuso convocar a sesión a fin de que se determine el

Salario Mínimo, Vital y Móvil y los montos mínimo y máximo de la prestación por desempleo.

Resolución N° 158/2019 ANSES. Prórroga de la moratoria jubilatoria

A través de la citada Resolución, el Director Ejecutivo de la ANSES, prorrogó por tres años la moratoria jubilatoria conocida como la jubilación para amas de casa.

Resolución N° 1701/19 de la Secretaría de Gobierno del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Autoriza aumento a Entidades de Medicina Prepaga.

Este aumento se suma al aprobado en el mes de mayo de este año, del cual, según la reciente Resolución, es complementario y acumulativo, e importará una suba de hasta un 4% a partir del 1° de octubre de 2019 y otro 4% adicional y acumulativo a partir del 1° de noviembre de 2019.

Resolución N° 521/19 Secretaría de Gobierno de Energía, perteneciente al Ministerio de Hacienda. Difiere el ajuste semestral de los márgenes de transporte y distribución, y el ajuste por variación del precio de gas en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST), previstos a partir del 1° de octubre de 2019, para el 1° de enero de 2020

Dentro de los fundamentos de la decisión, se señala que si bien a partir del 1° de octubre corresponde el establecimiento de nuevos cuadros tarifarios que contemplen el ajuste semestral previsto en las Actas Acuerdo de Renegociación de los Contratos de Licencia y las resoluciones dictadas en consecuencia por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), en las actuales circunstancias macroeconómicas, podrían generarse efectos adversos en materia de reactivación del consumo y de la actividad económica en general, por lo que es aconsejable el diferimiento para el año entrante.

Sin perjuicio de ello, y con el justificativo del mantenimiento de la ecuación económico financiera de los contratos de

licencia, el Ejecutivo entiende que corresponde compensar las sumas relativas al diferimiento de los ajustes tarifarios previstos, por lo que a dichos fines establece un plazo de 30 días para que las prestadoras de los servicios de transporte y distribución de gas natural presenten sus propuestas de readecuación de las inversiones obligatorias a su cargo, respetando incidencia entre los montos que se dejan de percibir en concepto de tarifa.

Provincia de Buenos Aires

Decreto N° 1145/2019. Establece un régimen de regularización, refinanciación y bonificación de intereses para PyMEs

La norma dispone que para ser beneficiarias, las PyMEs deberán estar inscriptas en el Registro de Pequeñas y Medianas Empresas. La moratoria se establece para deudas exigibles originadas en sanciones por infracciones laborales y de seguridad e higiene, de acuerdo a lo que se establece en las Leyes n° 12.415 y 10.149, y el Decreto n° 6409/84.

En el marco de la moratoria aprobada, podrán regularizarse o refinanciarse de las deudas originadas multas que posean las PyMEs en cualquier estado de cobro administrativo y/o judicial sin sentencia firme al momento de solicitar la adhesión al plan de pagos; y, convenios de pago caídos, incumplidos, vencidos o caducos.

Por el contrario, se encuentran excluidas del régimen de moratoria las PyMES cuyos responsables posean sentencia penal condenatoria, por delitos que tengan conexión con las obligaciones incumplidas que motivaron la aplicación de las multas que se pretenden regularizar.

Es dable destacar que, conforme lo establece el procedimiento aprobado, la bonificación de intereses previsto en ningún caso implicará una reducción del importe de la multa que originó la deuda, el cual deberá abonarse en su totalidad

Para acogerse a la moratoria, las PyMEs deben completar un formulario de adhesión dentro de los próximos 90 días, plazo por el cual tiene vigencia el Decreto que aprueba la moratoria

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

www.palabrasdelderecho.com.ar

Instagram: palabrasdelderecho

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA



Destinos

Dije

Ya no escribiré

No me importa escribir o no en tanto vivas

Respires

Cerca del niño

Cerca –aún– de mí.

Pero he aquí

Que no hubo nada que ofrecer a los dioses.

Autora: Norma Etcheverry

**Arte de la portada: *Catalina Zerbino (ilustración)*
*Antonela Torretta (edición digital)***

Avances y retrocesos en la aplicación jurisprudencial del Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales (Dec. 1.246/15)

*Advances and Setbacks in the Jurisprudential
Application of the Collective Agreement for
Teachers of National University Institutions
(Dec. 1.246/15)*

*Avanços e retrocessos na aplicação
jurisprudencial do Acordo Coletivo para
Professores das Instituições Universitárias
Nacionais (Dec. 1.246/15)*

*Avancées et régressions dans à l'application
jurisprudentielle de la convention collective
des enseignants des institutions Universitaires
Nationales (1 246/15 déc.)*

国家大学教师集体协议的法理学应用的进展和挫折
(Dec. 1.246/15)

Pablo Octavio Cabral¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 401-413

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e311>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>

Recibido: 19/08/2019

Aprobado: 01/09/2019

Resumen: En el presente trabajo se abordan los avances y retrocesos de la aplicación jurisprudencial del Convenio Colectivo para Docentes de

¹ Abogado (UNLP), especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente regular en la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (pablooctaviocabral@yahoo.com.ar).

las Instituciones Universitarias Nacionales a la luz de tres sentencias judiciales, dos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y uno de la Cámara Federal de Corrientes, en los que se abordan cuestiones centrales alcanzadas por dicha normativa. Se destaca la decisión del máximo tribunal federal que reconoció expresamente que la potestad de las universidades para llevar a cabo su gestión en forma autónoma no puede convertirse en un obstáculo al ejercicio de los derechos consagrados por la Constitución Nacional a favor de los trabajadores que se refieren a la asociación sindical libre y democrática y a la posibilidad de concertar convenios colectivos de trabajo.

Palabras claves: Universidad pública- Convenio Colectivo de trabajo-jurisprudencia

Abstract: This paper addresses the advances and setbacks of the jurisprudential application of the Collective Agreement for Teachers of National University Institutions related to three judicial decisions (two of the Supreme Court of Justice of the Nation and one of the Federal Chamber of Currents) which address central issues reached by such legislations. We highlight the decision of the highest federal court that expressly recognized that the university potesta to carry out their management autonomously cannot become an obstacle to the exercise of the rights enshrined in the National Constitution in favor of workers who refer to free and democratic trade union association and the possibility of concluding collective bargaining agreements is noteworthy.

Keywords: Public University - Collective Bargaining Agreement - jurisprudence

Resumo: Neste artigo aborda-se os avanços e retrocessos da aplicação jurisprudencial do Acordo Coletivo para Professores das Instituições Universitárias Nacionais à luz de três sentenças judiciais, duas do Supremo Tribunal de Justiça da Nação e uma da Câmara Federal de Corrientes, nos que se abordam questões centrais alcançadas por aqueles regulamentos. Destaca-se a decisão do mais alto tribunal federal que expressamente reconheceu que o poder das universidades de realizar sua gestão autonomamente não pode se tornar um obstáculo ao exercício dos direitos consagrados pela Constituição Nacional em favor dos trabalhadores que se referem à associação sindical livre e democrática e à possibilidade de concluir acordos coletivos de trabalho.

Palavras-chave: Universidade Pública - Acordo Coletivo de trabalho – jurisprudência.

Résumé: Ce document traite des avancées et des régressions dans l'application jurisprudentielle de la convention collective des enseignants des institutions Universitaires Nationales à la lumière de trois sentences judiciaires, deux de la Cour Suprême de Justice de la Nation et une de la Chambre Fédérale de la province de Corrientes., dans lesquels sont abordés des questions centrales traitées par la dite norme. La décision de la Haute Cour fédérale qui a expressément reconnu que le pouvoir des universités d'assurer leur gestion de manière autonome ne peut devenir un obstacle à l'exercice des droits consacrés par la Constitution Nationale en faveur des travailleurs membres de l'Association syndicale libre et démocratique et à la possibilité de conclure des conventions collectives du travail

Mot-clés: Université publique - Convention Collective du travail - jurisprudence

摘要: 本文根据三个司法判决，两个来自国家最高法院和一个来自联邦商会的判决，论述了国家大学教师集体协议的法理学应用的进展和挫折。解决了这些法规所涉及的核心问题。最高联邦法院明确承认大学自主管理其权力的决定不能成为行使国家宪法所赋予的权利的障碍，有利于他们所指的工人自由民主工会协会和缔结集体谈判协议的可能性。

关键字: 公立大学, 集体工作协议, 法理学

I. Introducción

Mediante la emisión por parte del Poder Ejecutivo de la Nación del Decreto N° 1.246/15, publicado en el Boletín Oficial el 2 de julio de 2015, se incorporó al sistema universitario público nacional una norma obligatoria de carácter colectivo que lo integra y que establece un régimen de mayor protección de los trabajadores docentes universitarios. Los docentes que prestan funciones en Universidades Nacionales son trabajadores que deben, sin dudas, ser reconocidos como empleados

públicos y que –por tal condición- son sujetos de especial protección por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Es decir, además de la garantía a la estabilidad prevista constitucionalmente, les son aplicables todos los principios protectorios que alcanzan a los trabajadores en nuestro país.²

En este documento abordaré tres fallos, dos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y uno de la Cámara Federal de Corrientes, en los que se abordan cuestiones centrales alcanzadas por el Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales.

II. Derechos de los docentes interinos con designación vencida (CSJN, “Ryser”³)

En este primer fallo veremos una interpretación restrictiva de los derechos de los trabajadores docentes universitarios, en el que el superior tribunal federal aplica criterios tradicionales de su propia jurisprudencia, ignorando la existencia de un régimen normativo aplicable y vigente al momento del dictado de la sentencia que establece un sistema de estabilidad protectorio de los trabajadores universitarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso presentado por un docente universitario con designación interina quien obtuvo su reincorporación al cargo hasta que se convoque al concurso público para cubrir dicho cargo, y sostuvo que toda designación interina de docentes universitarios se extingue de pleno derecho al final del plazo, sin que genere derecho a la renovación ni a la estabilidad. Para la Corte, un docente universitario con concurso vencido tras agotarse el

² Ampliar en Cabral, P. O. (2017). El Convenio Colectivo para los Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales y su plena vigencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. *Derechos En Acción*, (3). <https://doi.org/10.24215/25251678e013>.

³ CSJN, *Fallos*, 340:614, “Ryser, Walter Adolfo c/ Universidad Nacional de Catamarca s/ Apelación art. 32 ley 24.541”, sent. de 03-V-2017, voto de los ministros Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz, con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación.

plazo de su designación interina no tiene derecho a la estabilidad en dicho cargo. Como veremos, en el caso, los jueces intervinientes no tuvieron en consideración los alcances y posibles implicancias de lo normado en el Convenio Colectivo de Docentes Universitarios de Instituciones Nacionales.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán había hecho lugar por mayoría a la petición del actor, condenando a la Universidad Nacional de Catamarca a reincorporarlo en el cargo que desempeñaba como profesor interino adjunto de la Cátedra de Matemática I de la Facultad de Ciencias Económicas de dicha universidad, hasta tanto se convoque a concurso público de antecedentes y oposición para cubrir ese cargo, y abonarle salarios caídos.

La alzada clasificó dos tipos de categorías de docentes universitarios, los que obtuvieron su cargo por concurso (ordinarios) y que perdieron su regularidad por el vencimiento del plazo de designación y aquellos que fueron designados sin concurso (interinos), ubicando al accionante en la primera de las clasificaciones, resultando una categoría diferencial entre los docentes regulares y los interinos *per se*.

Para sentenciar en favor del docente consideró que la pérdida de la condición de profesor regular no derivaba de una acción propia sino de una omisión de la universidad en llamar a nuevo concurso para la cobertura del cargo antes del vencimiento del plazo de su designación. Por lo que, no correspondía hacerle cargar al profesor con las consecuencias de la omisión de la institución académica, quien tampoco invocó una causal objetiva que le sea imputable al docente para justificar la no renovación en el cargo.

La institución demandada, recurrió la decisión argumentando la violación de la autonomía universitaria (art. 75, inc. 19 de la CN) así como del artículo 29, inciso h, de la ley 24.521. Destacó que los actos administrativos atacados se encontraban alcanzados por la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, y que habían sido emitidos en el ejercicio de atribuciones

privativas e indelegables que le corresponden a la universidad en virtud de su autonomía académica e institucional.

La Corte, tomando los argumentos expuestos por la Procuración General de la Nación, entendió que lo que se hallaba en discusión era si el vínculo de las partes habilitaba al actor a exigir cierta estabilidad o permanencia en su cargo, una vez que venció el tiempo de su designación interina. Para resolver consideró cuáles eran las normas y principios que regulaban el caso, resultando determinante el carácter de institución universitaria nacional de la demandada, con la respectiva autonomía académica reconocida constitucionalmente, y la expresa competencia para fijar su régimen de administración de personal (art. 59 ley 24.521 y art. 72 de su Estatuto).

De tal regulación surge que el actor no puede pretender el derecho a permanecer en el cargo más allá del tiempo por el que fue designado o el que le permiten las normas vigentes, recordando que el nombramiento interino se extingue por el mero transcurso del tiempo previsto al momento de la designación, sin que se requiera el dictado de acto alguno por parte de las autoridades universitarias que así lo dispongan.

El argumento utilizado por el tribunal, refiere que; “asiste razón a la quejosa en cuanto sostiene que el a quo reconoció al docente una estabilidad que no correspondía otorgar a quienes se desempeñan interinamente –y que ni aun aquellos profesores titulares, asociados o adjuntos nombrados por concurso pueden ostentar- toda vez que las designaciones en el cuerpo docente tienen un límite temporal en función del sistema clásico de periodicidad de las cátedras”

Como vimos, el presente caso no se resuelve por aplicación del Convenio Colectivo, posiblemente porque los hechos generadores del caso resultan anteriores a la sanción de dicha normativa y por la ausencia de planteo sobre su posible utilización como pauta de interpretación o guía.

Realizando el juego de intentar resolver el conflicto a la luz del vigente Convenio Colectivo, resultaría aplicable su

artículo 73⁴, si es que el actor contara con cinco años o más de antigüedad como docente interino, debiendo la demandada incorporarlo a la carrera docente en vacantes definitivas de la planta estable. También resultaría aplicable la prohibición de modificar su situación de revista o condiciones de trabajo hasta que se resuelva su incorporación a la planta permanente.

Por otra parte, la Corte mencionó como un obstáculo al reconocimiento de los derechos esgrimidos por el actor la limitación temporal de los cargos docentes universitarios, en función del sistema clásico de periodicidad de las cátedras. Dicho modelo de estructuración de las funciones docentes universitarias se encuentra modificado por el Convenio Colectivo que en su capítulo III regula la “Carrera Docente” regulando el ingreso a la carrera docente (art. 11), la permanencia (art. 12), el ascenso y promoción (art. 13), la cobertura de vacantes (art. 14) y situaciones especiales (art. 15).

En el artículo 12 legisla respecto de la estabilidad en el cargo, al afirmar que; “La permanencia en el cargo que el docente ordinario o regular hubiere alcanzado estará sujeta al mecanismo de evaluación periódica individual que se establezca en

⁴ Art. 73: “Las Instituciones Universitarias Nacionales, a través de la Comisión Negociadora Particular, dispondrán los mecanismos para la incorporación a carrera docente de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan cinco años o más de antigüedad en tal condición, en vacantes definitivas de la planta estable. Hasta tanto se resuelva la situación de los mismos, no se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción u omisión, a excepción del caso del docente que se encuentra comprendido dentro de las causales de cesantía o exoneración. Para el caso de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan entre dos a cinco años de antigüedad en tal condición, con vacantes definitivas de la planta estable, las Instituciones Universitarias Nacionales deberán cumplir con el procedimiento establecido en el art.11 del presente Convenio. No se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción u omisión hasta la cobertura del cargo por concurso público y abierto de antecedentes y oposición; a excepción del caso del docente que se encuentre comprendido dentro de las causales de cesantía o exoneración. Quedan excluidos del presente artículo los docentes que se encuentren en la situación establecida en el artículo 6 inc. c (independientemente de su denominación) y en el artículo 15 del presente Convenio. En caso que la Comisión Negociadora de Nivel Particular no se encuentre constituida en la Institución Universitaria Nacional, se podrá requerir la intervención de la Comisión de Seguimiento e Interpretación”

las Instituciones Universitarias Nacionales. Dichas evaluaciones individuales se realizarán cada cuatro años o en un tiempo mayor según lo establecido en la reglamentación de cada Institución Universitaria Nacional. Cada una de las asociaciones sindicales docentes con ámbito de actuación en la Institución Universitaria Nacional en la que se lleve adelante la evaluación periódica, podrá designar un veedor gremial. En caso de obtener como mínimo dos evaluaciones negativas, el cargo será llamado a concurso público y abierto de antecedentes y oposición de conformidad a lo establecido en el art. 11, continuando el docente en el cargo hasta la cobertura por concurso.”

Resulta entonces una solución judicial la aquí comentada, que desconoce la existencia del Convenio Colectivo de los trabajadores docentes universitarios.

III. Derecho de los docentes universitarios a concertar convenios colectivos de trabajo (CSJN, “Biasizo”⁵)

En este segundo precedente, el Tribunal nuevamente resolvió en contra de la petición del docente universitario accionante, pero –a diferencia del anterior– reconoció la validez de los convenios colectivos firmados entre las instituciones universitarias y los gremios representantes de los trabajadores. Adquiere además relevancia, pues, si bien en el caso se discutía la aplicación de un convenio colectivo anterior (Decreto N° 1470/98), la Corte tomó en cuenta la forma en la que regula la cuestión en debate el actual Convenio Colectivo homologado por Decreto 1246/15.

La acción declarativa de certeza en cuestión fue iniciada por un docente de la Universidad Tecnológica Nacional quien amparado en la ley 24.521 y el Estatuto de la UTN pretendía se declare la inconstitucionalidad del convenio colectivo de trabajo homologado por Decreto 1470/98, que establecía un límite horario total de carga docente.

⁵ CSJN, Fallos, 340:983, “Biasizo, Rogelio José c/ UTN s/ Empleo público”, sent. del 10-VIII-2017.

El conflicto a resolver se centró en la vigencia y alcances de lo establecido por el Decreto 1470/98 que en su punto IV regulaba el régimen de incompatibilidades para el personal docente y en concreto disponía un límite a la cantidad de horas de labor semanal -50- dentro del sistema universitario. El actor planteó la inconstitucionalidad del referido decreto, por ser la actividad docente regida exclusivamente por la ley de educación superior –reglamentaria del artículo 75, inc. 19 de la CN- y por las normas que dictan las autoridades universitarias, en su caso Ordenanza 855/98 de la Universidad Tecnológica Nacional. Es decir, la cuestión regulada en el acuerdo homologado por el Poder Ejecutivo –en la visión del accionante- resulta materia reservada a las autoridades universitarias en virtud de la autonomía dispuesta en la Constitución Nacional.

Ingresó entonces el fallo en el contenido de la autonomía universitaria, entendiendo que implica libertad académica y de cátedra, así como la facultad de redactar sus estatutos, designar a los docentes y autoridades entre otras facultades (CSJN, Fallos 322:842, 919, entre otros). Sin embargo agregó que “por amplia que sea la autonomía consagrada por la reforma constitucional, ésta no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional”, por ello “toda la independencia que se quiera conceder a las universidades, siempre estarán sujetas a las leyes del Congreso”.

La Corte federal sostuvo que “parece razonable que las universidades puedan disponer de las potestades necesarias para llevar a cabo su gestión respetando su contenido esencial, constituido básicamente por todos los elementos necesarios que hacen al aseguramiento de la libertad académica y la libertad de cátedra. Sin embargo, la facultad de dictar sus normas de funcionamiento interno no puede en modo alguno convertirse en un obstáculo al ejercicio de los derechos consagrados por la Constitución Nacional a favor de los trabajadores que se refieren a la asociación sindical libre y democrática y a la posibilidad de concertar convenios colectivos de trabajo (art. 14 bis)”.

Luego de recordar que las negociaciones colectivas del sector docente estatal fueron reguladas normativamente aún antes de la reforma constitucional de 1994 (Ley 23929, Decreto 1007/95, decreto 1470/98), consideró que en nuestro sistema de convenciones colectivas de trabajo, el acto de homologación que aprueba lo acordado por las partes reviste una especial trascendencia jurídica ya que desde su dictado el convenio adquiere vigencia.

Por ello, concluye; “La regulación de las incompatibilidades del personal docente de las universidades nacionales mediante el convenio colectivo de trabajo que el Poder Ejecutivo homologó por el decreto 1470/98 no parece entrañar una afectación de la autonomía universitaria, ni una limitación a su potestad regulatoria, puesto que, en definitiva, permite que cada universidad establezca su propio régimen y sólo fija la máxima carga horaria que se le puede adjudicar a un docentes con miras a un óptimo desempeño académico.”

Finaliza los argumentos de tal decisión, agregando que “A mayor abundamiento, se advierte que por decreto 1246/2015 se homologó el Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales, en el marco de lo dispuesto por las leyes 11.672 (t.o. 2014), 23.929 y 24.938 y el decreto 1007/95, que regulan la negociación colectiva para los trabajadores docentes, cuyo art. 31, anexo I, contiene un precepto en materia de incompatibilidades similar al que impugna el actor en el sub examine.”, concluyendo que “resulta inadmisibles el agravio planteado por el actor en el sentido de que el régimen de incompatibilidades, a partir de la autonomía otorgada por la Constitución Nacional, sólo puede ser fijado por el Consejo Superior de las universidades nacionales, conclusión que impide alegar derechos adquiridos a desempeñarse en los cargos docentes obtenidos por concurso con base en tales alegaciones improcedentes.”

IV. Aplicación del Convenio Colectivo para Docentes de Instituciones Universitarias Nacionales (Cám. Fed. Corrientes, “Rodríguez”⁶)

La actora, una docente de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), interpuso una acción directa contra una resolución del Consejo Superior de dicha entidad, solicitando se aplique el artículo 12 del Convenio Colectivo de Trabajo para docentes universitarios nacionales, que dispone que la permanencia en el cargo que el docente ordinario hubiere alcanzado estará sujeta a un mecanismo de evaluación periódica individual que establezcan las universidades que deberá realizarse cada cuatro años o en un tiempo mayor según lo establezca cada reglamentación. En síntesis peticionó que se aplique el convenio en cuestión, respetando así su derecho de ser evaluada cada cuatro años como mínimo y se deje sin efecto la designación por el plazo menor de dos años dispuesta por las autoridades de la Facultad y de la Universidad.

Según quedó acreditado en autos, la situación de revista de la Dra. Rodríguez era que se desempeñaba como personal de la planta permanente docente de dicha Facultad en dos cargos de Jefe de Trabajos Prácticos, uno de ellos con dedicación exclusiva y el restante con dedicación simple, contando a febrero de 2018 con una antigüedad reconocida de 25 años. También se corroboró que el Consejo Directivo procedió a renovar su designación –en el marco de una evaluación periódica docente– por el término de dos años, fundado en la resolución Consejo Superior N° 956/09 que regula el régimen general de carrera docente de UNNE (Dispone su artículo 96 que la evaluación individual podrá realizarse cada dos o cuatro años). Esta decisión fue avalada por Resolución del Consejo Superior de la UNNE N 138/17.

⁶ Cámara Federal de Corrientes, “Rodríguez, Silvia Carlota c/Universidad Nacional del Nordeste s Recurso Directo Ley de Educación Superior Ley 24.521”, expediente 5454/2018/CA1, Sent. del 24-V-2019.

La Cámara hizo lugar al planteo de la accionante advirtiendo que la resolución de la universidad recurrida no hizo mención del Convenio Colectivo N° 1246/2015, homologado en fecha 01/07/2015, que entró en vigencia al día siguiente de su publicación, en particular omitió contemplar lo expresamente dispuesto en sus artículos 2, 3, 6, 7, 12, 69, 72 y cc.

Así, para el caso de la designación bianual realizada luego de la entrada en vigencia del Convenio Colectivo (existía una designación anterior a dicha circunstancia) la universidad –si bien cumplió con el procedimiento de evaluación regulado por la propia entidad empleadora- vulneró derechos de la actora “toda vez que surge claramente que no se ha respetado el principio de aplicación en caso de concurrencia de normas establecido por el art. 72⁷ del CCT 1246/15”.

En concreto la Cámara resuelve la contradicción entre las normas en conflicto, por otorgarle validez a la posterior y entender derogada a la previsión propia de la universidad. Dijo; “No resulta claramente justificada la aplicación de la Ordenanza de Carrera Docente (956/09) en su art. 96, el que da la opción de dos (02) o cuatro (04) años, en tanto el art. 12 del CCT 1246/15 establece “...Dichas evaluaciones individuales se realizarán cada cuatro (04) años o en un tiempo mayor...”. Es justo remarcar que la primera rigió hasta la fecha 02 de julio de 2015, siendo modificada –en cuanto a norma más favorable al docente-, por la segunda, conforme al principio de aplicación ya explicitado”.

En definitiva, entiende el tribunal que la deficiencia en la ley aplicable torna irrazonable el acto administrativo impugnado y, por lo tanto, tal vicio afecta su validez, correspondiendo ordenar a la UNNE que dicte un nuevo acto administrativo con arreglo a lo decidido ut supra.

⁷ Art. 72: “En caso de duda sobre la aplicación de normas de origen autónomo o heterónomo, incluyendo las provenientes del presente convenio, sean las mismas de aplicación en el ámbito de alcance general o particular de cada Institución Universitaria, considerándose la debida satisfacción del servicio, se aplicará la norma más favorable al docente.”

V. Conclusiones

En efecto, los tres fallos evidencian retrocesos y avances en el reconocimiento jurisprudencial de la vigencia del Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales, con una tendencia a favor de su validez. No caben dudas que los trabajadores docentes universitarios se encuentran protegidos tanto por los principios y derechos que establece el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como por los tratados internacionales de derechos humanos y de protección del trabajador. Allí no sólo se reconoce al empleado público como trabajador sino que se refuerza con especial énfasis el principio protectorio al garantizarle la estabilidad en el cargo, protegiéndolo ante la posible arbitrariedad de su empleador público.

Respecto de la aplicación del Convenio, la tendencia es hacia su efectividad y vigencia en la relación laboral que auto reguló. La Corte Suprema de la Nación ha dicho al respecto que: “Los convenios colectivos de trabajo constituyen una manifestación típica y cualificante de la función autorregulatoria de las organizaciones sindicales y de empleadores frente a la realidad dinámica. Dicha tarea, mediante el ejercicio del consenso, y más allá de los mecanismos del mercado económico, deben apoyarse en principio de cooperación, solidaridad y justicia social a fin de promover el mantenimiento de la paz y el orden” (CSJN, autos “Repetto, Inés m c/ Provincia de Buenos Aires”, sent.de fecha 31-X-1990).

Así, los Convenios Colectivos de Trabajo, si bien no son técnicamente leyes, sí son normas de derecho positivo cuya aplicación obligatoria proviene del texto expreso de la Constitución, Tratados Internacionales y de las propias leyes laborales. En el caso en estudio, se impone la aplicación y vigencia del Convenio Colectivo homologado por decreto 1.246/15.

El indulto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

The pardon in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice

O perdão na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

La grâce dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice

最高法院判例中的赦免。

*Esteban Federico Taglianetti*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 414-458

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e312>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5809-9881>

Recibido: 03/03/2019

Aprobado: 16/05/2019

Resumen: En el presente trabajo, partiremos citando y comentando una selección de los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia en materia de indulto y conmutación de penas, con el propósito de analizar las citadas figuras a través del paso del tiempo y de subrayar, también, la importante incidencia que tuvieron los tratados internacionales de derechos humanos en las resoluciones de la Corte Suprema argentina. Luego, haremos hincapié en la importancia que reviste excluir los delitos graves del alcance del indulto y la conmutación de pena, para finalmente concluir dejando sentada nuestra opinión en relación con la necesidad de que, durante el procedimiento previo al dictado del acto, existan audiencias públicas y, a su vez, medie una participación efectiva de las

¹ Procurador (UNLP), Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo (UCALP), Especialista en Derecho Constitucional (UNLP). Actualmente, cursando segundo año en la Maestría de Derecho Procesal (UNLP).

víctimas del delito perpetrado por el candidato a ser beneficiado con el indulto.

Palabras claves: indulto – conmutación de pena – jurisprudencia de la Corte Suprema argentina – atribuciones del Poder Ejecutivo – derechos humanos

Abstract: This abstract firstly quotes and comments on a selection of the main rulings of the Supreme Court of Justice regarding pardon and commutation of sentence, with the purpose of assessing these concepts over time and highlighting the importance international human rights treaties hadin the decisions of the Supreme Court of Argentina. Secondly, it emphasizes the importance of excluding serious crimes from pardon and commutation of sentence. Finally, it raises the need for public hearings during the procedure prior to court decision and foran effective participation of the victims of the crime perpetrated by the beneficiary of the pardon.

Keywords: pardon- commutation of sentence – jurisprudence of Supreme Court of Argentina- powers of the Executive Branch – human rights.

Resumo: No presente trabalho, vamos começar por citar e comentar uma seleção das principais decisões do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de perdão e comutação de penas, com o objetivo de analisar as mencionadas figuras através da passagem do tempo e sublinhar, também, o importante impacto que tiveram os tratados internacionais de direitos humanos nas resoluções do Supremo Tribunal da Argentina. Em seguida, enfatizaremos a importância de excluir os crimes graves do escopo do perdão e da comutação da pena, para finalmente concluir deixando clara nossa opinião em relação com a necessidade de que, durante o procedimento anterior à emissão do ato, se realizem audiências públicas e, por sua vez, exista uma participação efetiva das vítimas do crime perpetrado pelo candidato a ser beneficiado com o perdão.

Palavras-chave: perdão - comutação de sentença - jurisprudência do Supremo Tribunal da Argentina - poderes do Poder Executivo - direitos humanos.

Résumé: Dans le présent travail, nous commencerons par citer et commenter une sélection des principales décisions de la Cour suprême de Justice en matière de grâce et de commutation de la peine, dans le but d'analyser les figures susmentionnés dans le temps et de souligner, aussi,

l'impact important que les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ont eu sur les résolutions de la Cour Suprême argentine. Ensuite, nous soulignerons l'importance d'exclure les crimes graves du champ de la grâce et de la commutation de peine pour enfin conclure en affirmant notre position sur la nécessité de tenir des audiences publiques au cours de la procédure précédant la publication de l'acte. et, en même temps, assurer une participation effective des victimes du délit commis par le justiciable susceptible de bénéficier de la grâce.

Mot-clés: grâce - commutation de peine - jurisprudence de la Cour Suprême argentine - attributions du Pouvoir Exécutif - droits de l'homme

摘要:在目前的工作中,我们将首先引用和评论最高法院在赦免和减刑方面的主要决定的选择,目的是通过时间的推移分析上述数字,并强调,国际人权条约对阿根廷最高法院决议的重要影响。然后,我们将强调将赦免和减刑范围中的严重犯罪排除在外的重要性,最后通过在行为发布前的程序中留下我们对公开听证会需要的意见来结束。反过来,调解候选人犯下的罪行受害者的有效参与,以使赦免受益。

关键字: 赦免, 减刑, 阿根廷最高法院的判例, 行政部门的权力, 人权

I. Objeto

Desde un punto de vista académico y práctico, conocer la opinión del Superior Tribunal es siempre un ejercicio intelectual necesario e interesante, por esta razón, en el presente trabajo, pasaremos revista por los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia en materia de indulto y conmutación de penas, con el propósito de ofrecer un análisis de las citadas figuras. Específicamente, pretendemos describir, a partir de sentencias significativas de nuestra vida institucional, el perfil que los institutos mencionados fueron adoptando a través del paso del tiempo, evaluando también el modo en que la irrupción que los tratados internacionales de derechos humanos han incidido en los fallos del Tribunal Supremo.

El trabajo se estructurará de la siguiente manera: a modo de introducción, iniciaremos nuestro estudio definiendo las figuras

del indulto y la conmutación de penas y diferenciándolas del instituto de la amnistía. Luego, listaremos los fallos de la Corte Suprema presentándolos en orden cronológico, analizando en cada caso su particularidad y relevancia. Por último, en una tercera instancia, daremos cuenta de nuestras conclusiones, dejando sentada nuestra opinión en relación con la necesidad de que, durante el procedimiento previo al dictado del acto, existan audiencias públicas y medie una participación efectiva de las víctimas del delito perpetrado por el candidato a ser beneficiado con el indulto.

II. Definiciones de los institutos: indulto, conmutación de penas y amnistía

En el artículo 99 inciso 5°, la Constitución Nacional faculta al Poder Ejecutivo de la Nación a indultar y conmutar penas, en los siguientes términos: “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”. Cabe agregar que, mientras el indulto consiste, básicamente, en un perdón o gracia de la pena impuesta por sentencia firme, la conmutación de penas supone la modificación de una pena por otra menor, ya sea en el “quantum” o en la calidad de la pena. Es pertinente mencionar que, al conmutarse la calidad, ambas penas deben estar previstas como alternativas en el tipo penal en cuestión (por ejemplo, multa y prisión), pues, en caso contrario, el Ejecutivo estaría irguiéndose en legislador. Con respecto al indulto, es necesario agregar que el artículo 68 del Código Penal estipula que este instituto extingue la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

Con respecto a la amnistía, el texto constitucional, en su artículo 75, inciso 20, otorga al Congreso de la Nación la atribución de “conceder amnistías generales”. Desde nuestro punto de vista, la amnistía es el acto constitucional por el cual el Congreso decide extinguir acciones penales y penas que se

hubieren impuesto a los autores penalmente responsables. A diferencia del indulto y la conmutación de penas, la amnistía extingue la acción penal y hace cesar la condena y todos sus efectos, excepto las indemnizaciones civiles que puedan corresponder a terceros (Código Penal, artículo 61). Al decir de Lazzarini (1989), la amnistía es la “ley de olvido, que trae aparejada la amnesia total de una o varias acciones penadas, como si no hubiera existido y lo actuado no hubiera sido punible, de ahí que se diga con razón, que borra la acción penal y si hubiera dictado sentencia, también a ésta” (p. 1117).

En síntesis, podemos afirmar que, así como la concesión de amnistías es una atribución del Congreso, el indulto (individual y total) y la conmutación de penas (individual y parcial) figuran como competencias del Poder Ejecutivo, por disposición del constituyente.

III. Jurisprudencia de la Corte Suprema respecto del indulto

A continuación, glosaremos los fallos más destacados del Máximo tribunal federal. Como anteriormente señalamos, esta revisión histórica es necesaria para ofrecer un análisis detallado de la evolución de los institutos analizados.

III.1. Los casos “Criminal c/ Bianchi, Alejo” (Fallos: 3:87)² y “Criminal c/ Estrella, modesto y Echevarrieta, Ramón Segundo” (Fallos: 29:330)

Este caso se inicia cuando Alejo Bianchi, empleado de la Aduana, se apoderó ilegalmente de una botella de aceite tomada de los depósitos del organismo público. Como consecuencia de

² Para Ramella (1982) existe un antecedente previo al caso “Bianchi”. Al respecto, el constitucionalista se pronuncia del siguiente modo: “En un primer caso (Antonio Magdalena) no hubo estrictamente, decisión judicial. Condenado el referido Magdalena por el Juez del crimen, el presidente Yrigoyen solicitó informes a la Cámara de Apelaciones, la que contestó que no podía evacuarlo y ante la insistencia del poder ejecutivo replicó que de acuerdo a las

su accionar, se realizó un sumario en el que constaron diversas pruebas testimoniales en su contra y, también, su propia confesión. El Procurador Fiscal, atento a las pruebas reunidas y a la comprobación del hecho delictivo, acusó a Bianchi de hurto y pidió la aplicación de la pena prevista en el artículo 81, inciso 2, de la ley penal del 14 de septiembre de 1863.

Ante dicha situación, el defensor del encartado señaló que, por la insignificancia del hecho, no podía condenarse a la dura pena de tres años de trabajos forzados. Además, puntualizó que la ley penal mencionada no le quitaba al hecho el carácter correccional, pues el delito no cambiaba por el hecho de haberse cometido en la Aduana. El Juez Seccional lo encontró penalmente responsable y fundamentó su decisión en el hecho que no cabe distinción alguna, por la importancia económica de la cosa hurtada, para la imposición de la pena. Contra dicho fallo se alzó el defensor de Bianchi, quien fundamentó su apelación en el hecho de que no se había consumado el delito –habría quedado en grado de tentativa–. El Procurador, por su parte, se opuso y señaló que el fallo era conforme a derecho.

Llamada a resolver el caso, la Corte Suprema indicó, en un brevísimo fallo, lo siguiente: 1) confirmación de la sentencia, en base a las pruebas obrantes en el expediente, y 2) reconocimiento de que, entre los hechos juzgados y el reproche penal, existía una desproporción en la sentencia. Además, tomando en consideración dicha desproporción, promovió que el Poder Ejecutivo hiciera uso de las facultades constitucionales previstas en el artículo 86, inciso 6 (actual, artículo 99, inciso 5), del siguiente modo:

considerando en equidad y fuera del mérito legal de esta causa, que la pena de tres años de trabajos forzados no está en proporción con el hurto cometido de una botella de aceite, y que por esta ratería el delincuente ha sufrido ya seis meses de prisión aproximadamente [...] [invita al

disposiciones constitucionales el presidente no puede arrogarse el conocimiento de causas pendientes" (p. 760).

Poder Ejecutivo] a ejercer en el presente caso el derecho de indulto que le acuerda la Constitución Nacional (p. 89 y 90).

Por su parte, en la causa “Estrella, Modesto y Echevarrieta, Ramón”, se reitera esta exhortación al Poder Ejecutivo para que utilice el indulto como mecanismo para poner en quicio la situación. La causa tuvo lugar, cuando las personas referenciadas falsificaron monedas con “la coloración y plateado de monedas de cobre de curso legal y la alteración en su tipo con el propósito de hacerlas aparecer como monedas de plata” (p. 330), constituyendo así el delito de falsificación de monedas previsto en la Ley Penal. Previa investigación, se dispuso la condena de cuatro años de trabajos forzados y 500 pesos fuertes de multa.

Ante dicha situación, la Corte sostuvo que: “Considerando en equidad y fuera del mérito legal de esta causa, que la pena [...] no está en proporción con el delito cometido [...] invitase al Poder Ejecutivo de la República a ejercer en el presente caso el derecho de indulto que le acuerda la Constitución Nacional” (p. 337). Es decir, como había hecho en el caso “Bianchi”, la Corte, para subsanar la desproporción existente entre el hecho y la sanción prevista– le requirió al Poder Ejecutivo que haga uso de las facultades propias de indultar a los condenados.

III. 2. Caso “Andrade” (Fallos: 11:405)

En este fallo, la Corte Suprema se encargó de efectuar la necesaria distinción que cabía hacer, en términos constitucionales, entre el indulto y la amnistía. Al respecto, el máximo órgano sostuvo que:

El juez en su sentencia duda que el Comisionado Nacional tuviera facultad para conceder indulto, y en cuanto al Presidente de la República, dice que ha debido esperar a que el acusado fuese juzgado, y dar después el indulto [...] Pero el juez ha confundido torpemente el indulto o conmutación de penas que puede decretar el Presidente en casos particulares sobre reos ya juzgados y culpables, con las amnistías generales, que la política y las

conveniencias aconsejan dar en muchos casos, y que tienen el efecto de impedir todo juicio y persecución por hechos anteriores (p. 415).

Este fallo reviste, a nuestro entender, relevancia institucional pues, el hecho que subyace a esta intervención, es una clara diferenciación con la Corte norteamericana, que permite al presidente estadounidense tanto indultar como amnistiar, partiendo de una interpretación amplia del texto constitucional de ese país. Por el contrario, nuestro constituyente asignó específicamente la competencia de indultar y conmutar las penas, al Poder Ejecutivo y, la de amnistiar, al Poder Legislativo exclusivamente. Las diferencias fueron respetadas en el fallo y de allí su valor.

III. 3. Caso “Manuel Díaz, criminal contra, solicitando gracia - Artículos 73 y 74 del Código Penal” (Fallos: 120:19)

En este fallo, la Corte Suprema sostuvo que la finalidad perseguida por el indulto es la siguiente:

prevenir los inconvenientes derivados de la aplicación estricta de las leyes penales que no pueden prever todas las modalidades de los casos particulares o como dice Story, porque ningún sistema de leyes puede proveer para cada matiz posible de culpabilidad, un grado proporcionado de castigo [...] Además, la ley puede ser violada hallándose el culpable colocado en circunstancias que le hagan excusable ante la moral y la justicia absoluta, aunque no ante los términos estrictos de la ley (Comm. 494; The Federalist, n° 74). La penalidad impuesta por la ley puede hallarse en proporción con la gravedad del delito, como ha ocurrido con la de tres años de trabajos forzados aplicada al reo por sustraer una botella de aceite de los depósitos de la Aduana, y con la de cuatro años de la misma pena a los que habían falsificado algunas monedas de cobre, casos en los que esta Corte, al confirmar las sentencias que les aplicaban, ha invitado al poder ejecutivo a hacer uso de la facultad de indultar con lo que ha investido la Ley Fundamental (p. 28).

Tal como se puede advertir, la importancia de este fallo radica en la especificación de la funcionalidad, a nivel institucional, de la figura del indulto.

III. 4. Caso “Criminal c/ Luengo, Simón y otros” (Fallos: 6:227)

En esta causa, la Corte Suprema confirmó, por sus fundamentos, la sentencia oportunamente dictada por el juez federal de la Provincia de Córdoba, que había dispuesto que el Poder Ejecutivo no podía indultar a quien no ha sido declarado culpable, ni conmutar penas que no hubiesen sido impuestas.

En el fallo se hacen las siguientes afirmaciones: 1) Para que el presidente de la República pueda ejercer la facultad de conmutar o indultar las penas en los delitos sujetos a la jurisdicción federal, es necesario que haya habido un juicio en que se califique el delito, y se designe al delincuente y la pena que debe aplicarse; y 2) El derecho de indultar, acordado por la Constitución al presidente de la República, no puede ser ejercido por un ministro de la Nación, sin previa autorización de aquél (p. 227).

A los fines del presente trabajo, nos parece pertinente transcribir lo siguiente:

el ejercicio del derecho de indultar, atribuido por la Constitución, artículo 86, inciso 6, al Presidente de la República, debe seguir al juzgamiento en el que se ha de calificar primero el delito y se ha de designar el delincuente y la pena; pues de otro modo no podría indultarse en el sentido de la Constitución, y previo informe judicial, a quien no es declarado culpable, o conmutarse penas que no son conocidas ni han sido pronunciadas por la única autoridad a que está reservada esta función, quedando así, por último, invertido el orden natural de las funciones de los poderes públicos y burlados los propósitos de la Constitución. Al mantener ella el derecho de gracia en la forma que lo ha hecho, subordinándolo a una tramitación especial, en que el juzgamiento precede al

indulto, ha querido, sin duda que éste evite o modifique el excesivo rigor que pueda acompañar a la aplicación de la ley en ciertos casos y circunstancias de que no debe darse cuenta un juez; ha querido que todos y cada uno de los poderes cumplan con su deber en la esfera que les está marcada; que la moralidad se levante en alto; que la ley conserve siempre su prestigio, siendo ciegamente obedecida, y finalmente que la conciencia que inspire el perdón, al dispensar la pena valga como el mismo castigo y nada defraude a la justicia con que se aplica la ley en el proceso (p. 230- 231).

III. 5. Caso “Criminal c/ Ibáñez, José y Sengiale, Amedeo” (Fallos: 136:244)

En el fallo “Ibáñez”, la Corte abordó la cuestión referida a la posibilidad de dictar un indulto a quien contaba con un proceso abierto, pero aún no se le había dictado sentencia condenatoria. Asimismo, abrió el debate respecto de si era o no prescindible el informe del Tribunal del juicio.

En nuestra opinión, los hechos de la causa sopesaron de especial manera. En efecto, el encartado, un joven español de 19 años, había hurtado cinco pares de media del comercio donde trabajaba, para dárselas al otro imputado, Sengiale,³ que se encontraba en estado de indigencia. Ante dicha situación, el juez de primera instancia, aplicando e interpretando los hechos y el derecho de manera estricta, los condenó a dos años de prisión. Posteriormente, Ibáñez interpuso el recurso de apelación ante la Cámara correspondiente. Ante dicha circunstancia, que tuvo repercusión en la opinión pública, el entonces Presidente de la Nación, Hipólito Yrigoyen lo indultó sin que haya recaído en la causa una sentencia definitiva. La Cámara de Apelaciones entendió que lo hecho por el Presidente era inconstitucional y decidió proseguir con la causa. Entre otros argumentos, sostuvo:

³ En el fallo, se señala que “Amadeo Sengiali o Sengiale, argentino, de diez y siete o diez y ocho años, peón, soltero y domiciliado en la calle Freyre número 1528” (p. 245).

Que el indulto, por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, importa la indulgencia, la clemencia, la gracia, el perdón, social ejercido por el órgano del Jefe de Estado a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada, y es, por lo tanto, eminentemente subjetivo e individual. Que siendo así, es fuera de duda que el indulto supone como antecedentes un delito y un culpable, pues un perdón sin delito y sin delincuente sería un absurdo, y para que haya un culpable es menester una declaración de responsabilidad, declaración que en todo régimen de gobierno corresponde exclusivamente al Poder Judicial. [...] el indulto sólo procede en virtud del fallo de justicia que declara la existencia del delito, reconoce la responsabilidad del reo y le fija una pena, y que si el Presidente de la Nación pudiese indultar sin sentencia judicial, lo mismo podría indultar sin proceso, lo que evidentemente sería inconstitucional (p. 218 y 219).

En consecuencia, la Cámara, previo dictamen del Fiscal, resolvió “mantener el juicio abierto contra José Ibáñez, en su rebeldía, con arreglo a lo dispuesto en que disponen los artículos 148 y siguientes del Código de Procedimientos, y ordenar se libre oportunamente la orden de captura” (p. 253).

Por su parte, el Defensor del imputado interpuso un recurso extraordinario, que dio lugar a la intervención de la Corte Suprema. El Procurador de la Corte, el constitucionalista José Matienzo, en su dictamen en la causa, manifestó que no existía impedimento constitucional para que se indultara a procesados, recordando la opinión de sus predecesores en el cargo y señalando que él también consideraba como recta doctrina la sentada por el encartado. Básicamente entendía que, según el texto constitucional, fuera de los casos de acusación por la Cámara de Diputados, el Presidente podía indultar o conmutar penas por delitos sometidos a jurisdicción federal, sin excepción alguna, total o parcial, antes o después del proceso.

En uno de los pasajes del dictamen, el Procurador José N. Matienzo especificó:

La facultad del poder Ejecutivo para indultar, tomada de Inglaterra por los Estados Unidos, fue imitada de la Constitución de esta República por la Constitución Argentina, sin más que dos enmiendas que no afectan al fondo: la una confiriendo expresamente al Congreso el poder de conceder amnistías generales, poder implícito en los Estados Unidos, según los tratadistas, y la otra requiriendo el trámite previo del tribunal correspondiente. Estas dos limitaciones son las únicas en que la Constitución Argentina difiere de la norteamericana en este punto, pues la excepción de que el indulto no procede en los casos de acusación por la Cámara de Diputados es común a ambas constituciones (p. 254).

Posteriormente, el Procurador hizo un pedido de rectificación posterior a la primera sentencia de la Corte, en la cual indicó –a fin de disipar dudas– que:

“A mí modo de ver, la Cámara reconoce que la solicitud de indulto le fue pasada a informe y que ella lo evacuó manifestando que la causa estaba pendiente. Es cierto que, enseguida, la misma Cámara agrega que el indulto se ha producido sin que exista el previo informe que exige la Constitución. Esta segunda afirmación no puede razonablemente tener por objeto destruir la primera, que es de un hecho. Luego, su propósito ha sido calificar jurídicamente ese hecho, negándole el carácter de informe constitucional al evacuado por ella” (p. 258-259).

Llegada la causa, la Corte votó en favor de la constitucionalidad del indulto. La mayoría del tribunal señaló lo siguiente:

“El ‘previo informe del tribunal correspondiente’ constituye un trámite esencial para el ejercicio de la facultad de indultar que el artículo 86, inciso 6° de la Constitución Nacional confiere al Presidente de la Nación. La Constitución Nacional, al no especificar sobre qué puntos ha de recaer el informe que prescribe en su artículo 86, inciso 6°, ha dejado librado a la discreción del Tribunal

si ha de limitarse a hacer mención de las circunstancias de la causa, como es de práctica (y ocurrió en el caso), o bien si ha de emitir opinión sobre la conveniencia o inconveniencia del indulto solicitado. Para la procedencia del ejercicio de la facultad de indultar, la Constitución requiere que exista causa abierta contra el delincuente, pero no que dicha causa haya alcanzado necesariamente hasta determinado límite del procedimiento, o sea, al de sentencia ejecutoriada; por lo que no es violatorio de la misma el indulto de un procesado respecto del cual sólo existía sentencia condenatoria del Juez del Crimen de la Capital, en apelación ante la respectiva Cámara de la misma” (p. 264) [...] Debe deducirse que el ejercicio de la facultad de indultar es precedente, dentro de los propósitos enunciados en el considerando 5°, cuando existe proceso, ya que antes o después de producida sentencia firme de condenación, puesto que lo que está comprendido en los menos, con tal que preceda el informe del tribunal y no se trate de delitos exceptuados” (p. 264) [...] No puede decirse que los indultos y conmutaciones de penas atribuidas al Poder Ejecutivo, así como las amnistías generales correspondientes al Honorable Congreso, sean contrarias a la separación de los poderes creados por la Constitución, o a la independencia del Poder Judicial, en razón de que, ni el Congreso ni el Presidente en sus respectivos casos, puedan modificar sentencias ejerciendo funciones judiciales con sujeción a leyes vigentes” (p. 265).

Es decir, en el caso “Ibañez”, el voto de la mayoría de la Corte Federal dejó sin efecto un indulto concedido, por no haber cumplimentado con el requisito de la previa obtención del informe que debe aportar el tribunal correspondiente. Ahora bien, de los términos del mismo fallo surge que, para la Corte Suprema, aunque no mediase una sentencia condenatoria, el indulto y la conmutación de pena podrían ser válidos.

Por el contrario, la minoría –correspondiente a los votos de los Ministros Méndez y Palacios– observó con claridad meridiana lo siguiente:

al separar el indulto de la amnistía y al atribuir cada una de estas funciones a un departamento distinto del gobierno, demostraron bien claramente que la facultad que conferían al Poder Ejecutivo no era la prerrogativa de perdonar y de amnistiar que ejercieron los monarcas en el viejo régimen absolutista, y que hacía desaparecer hasta el último vestigio de la infracción, sino la facultad de gracia con el alcance y con el significado que se le daba en el derecho público contemporáneo. Si no hubiere sido éste su propósito, habrían incurrido en manifiesta incongruencia al separar las dos prerrogativas, pues si el Poder Ejecutivo podía conceder amnistías particulares, que tal cosa significa indultar sin sentencia definitiva, aboliendo de hecho los procesos pendientes y las acciones penales, la atribución conferida al Congreso por el artículo 67, inciso 17 in fine de la Constitución resultaría inútil, desde que otro poder del público, con funciones permanentes y más explícito por razón de su composición, tendría derecho de conceder esas amnistías bajo la forma de indultos anticipados y, lo que es más curioso aun, es que tendría el poder de decretar amnistías particulares en contradicción con la cláusula constitucional recordada que exige que tales favores sean concordados con carácter general [...] El Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la Justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley. [...] La intervención del Poder Ejecutivo antes de la sentencia, resulta incompatible con la acción independiente y a la vez armónica de los poderes del Estado, y es muy difícil admitir que los mismos constituyentes que declaraban que ‘En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas’, hayan entendido acordarle el medio de suprimir las acciones judiciales y de anular los procesos en tramitación por medio de un indulto prematuro que importa un sobreseimiento (p. 269 y 270).

El voto de la minoría establece, según nuestro parecer, la correcta doctrina. En efecto, en primer lugar, practica una diferenciación entre la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra, aclarando que los alcances de las potestades del Poder Ejecutivo varían notablemente. Además, fija que la competencia está supeditada, entre otros, a que haya recaído sentencia en la causa en la que se determine el responsable penal y una pena pasada en autoridad de cosa juzgada.⁴

III.6. Caso “Don Hipólito Irigoyen. Rechaza el indulto que le fuera acordado por el gobierno provisional de la Nación” (Fallos: 165:199)

Para comprender acabadamente este fallo debemos hacer referencia a las cuestiones políticas involucradas en la causa. Al respecto, Félix Luna (1993) reseña:

Ya el 31 de diciembre pasado Uriburu había anunciado a Luis Rodríguez Yrigoyen que la libertad de su tío estaba resuelta, aguardándose el momento más oportuno para hacerle efectiva. A mediados de enero se había hablado de una medida general para todos los presos y exiliados, que luego se desmintió. Sólo se dictó un decreto para terminar con la situación del ex presidente, que constituía por sí sola un tremendo baldón contra la dictadura. El decreto expresaba en sus considerandos que ‘la detención y proceso del ex presidente don Hipólito Yrigoyen respondió a una penosa e inevitable necesidad, sin que en ningún momento se abrigaran contra él o sus colaboradores designios de persecución o de venganza’. La afirmación era loable, más los traslados, las amenazas, las restricciones y el confinamiento que había padecido el anciano a través de un año y cinco meses no corroboraban lo expresado, sino que, por el contrario, evidenciaban mezquinos propósitos de mortificarlo física y espiritualmente (p. 498).

⁴ Cuando el Presidente Perón indultó a Balbín, quien se encontraba procesado por desacato, hizo referencia a este fallo (v. Decreto N° 1 del 2 de febrero de 1951, Boletín Oficial, n° 16.813 del 8 de enero del mismo año).

Obviamente, Hipólito Yrigoyen rechazó el indulto. Según su defensor:

El doctor Hipólito Yrigoyen no puede aceptar ese acto de gracia, que no ha impetrado y que no necesita [...] Buscando agobiar su espíritu y castigar la adhesión innegable de sus conciudadanos, el gobierno ‘de facto’ por medio de ‘comisiones especiales’ y de jueces que no son los jueces que la Constitución tiene señalados, creó delitos imaginarios y obtuvo la apertura de un proceso. Ha mantenido esta situación mientras se halló en el poder. Pero a poco de abandonarlo, poseyendo la convicción más absoluta de que la sentencia a dictarse por los propios jueces que había elegido sería absolutoria, ha querido agraviarlo con un indulto que el doctor Hipólito Yrigoyen ni ha pedido ni acepta (citado en Luna, 1993, p. 498-499).

A pesar de lo actuado ante el Poder Judicial, la orden del golpista y usurpador Uriburu debía cumplirse. Así, el viernes 19 de febrero le comunicaron Yrigoyen que debía embarcar rumbo a Capital Federal, cumpliéndose la orden emanada del mencionado funcionario “de facto”.

Tiempo después, la Corte volvió sobre el tema del indulto en la causa “Yrigoyen”, pero sentenció en un sentido opuesto al que venimos narrando, pues entendió que la facultad de indultar prevista en el viejo artículo 86 inciso 6° de la Constitución, no autorizaba al Poder Ejecutivo a ejercerla por estar procesado (razón por la cual consideraba que, en este caso, debía existir una sentencia condenatoria definitiva).

La causa, como hemos dicho, se inició cuando el propio Hipólito Yrigoyen se presentó en la Justicia solicitando que se deje sin efecto el indulto de fecha 19 de febrero de 1932, por entender que el mismo resultaba inconstitucional, ya que no respetaba el artículo 86, inciso 6°, de la Constitución Nacional.

El proceso tuvo su derrotero que inició ante un juez de primera instancia donde no se hizo lugar al planteo. Para así resolverlo, el magistrado interviniente sostuvo:

El defensor del acusado don Hipólito Irigoyen rechaza por su defendido, el indulto decretado en favor de éste por el Presidente del Gobierno Provisional con fecha 19 de febrero de 1932, fundándose en que no lo ha pedido y en que quien lo acuerda es un gobierno de hecho (p. 202).

Posteriormente, menciona al fallo “Ibáñez” para concluir que

aunque aparentemente el indulto tenga en circunstancias como la presente el aspecto de un asunto que afecta sólo el interés privado del beneficiado, en realidad la adopción de esa medida puede obedecer a razones de orden político o social que estén por encima de intereses particulares y que sólo el Presidente, de acuerdo, con la interpretación constitucional antes mencionada, está en condiciones de apreciar (p. 203).

En consecuencia, se desestima la oposición formulada por el defensor de Hipólito Yrigoyen.

Presentada la apelación, la Cámara Federal de Buenos Aires se pronunció en contra de la postura mayoritaria del caso “Ibáñez” y declaró la inconstitucionalidad del decreto. Para fundar su decisorio, efectuó una distinción entre los efectos de la amnistía y los del indulto en el derecho constitucional argentino y practicó un destacado análisis de las fuentes. En referencia a la diferenciación aludida, señala:

el Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas pero no tiene el de impedir la imposición de ellas ni el de suprimir la acción de la justicia desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, es decir, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley; y que no es posible que al sancionarse el artículo 86, inciso 6° de la constitución se haya buscado inspiración en la Constitución norteamericana, cuyo artículo 2°, sección 2°, cláusula 1a. confiere poder al Presidente para conceder perdones por delitos contra los Estados Unidos (p. 205).

En cuanto a la fuente del instituto del indulto, el fallo de la Cámara señala: “los constituyentes del 53 no tuvieron el

propósito de otorgar al Presidente una atribución con la amplitud reconocida por la mayoría de la Corte en el fallo citado” (p. 205-206).

Con estos fundamentos, los magistrados concluyeron que el decreto dictado no se ajustaba al texto de la Constitución y que, en consecuencia, carecía de validez.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia sentenció lo siguiente:

Que el indulto difiere de la amnistía sustancialmente en su naturaleza, en su objeto y en sus efectos. El primero significa el perdón de la pena acordado por el P. E. para suprimir o moderar en casos especiales el rigorismo excesivo de la ley, mientras la amnistía es el olvido de un hecho delictuoso, para establecer la calma y concordia social. El primero extingue la pena del indultado; la segunda, la acción y la pena, si antes hubiese sido impuesta, y borra la criminalidad del hecho. El indulto es particular y se refiere a determinada o determinadas personas, la amnistía es esencialmente general y abarca a todos los sujetos comprendidos en una clase de delitos. [...] Por el contrario la amnistía es del resorte del Poder Legislativo (artículo 67, inc. 17, Constitución Nacional) único poder que tiene la potestad de declarar la criminalidad de los actos y de crear sanciones, y el único capaz también de borrar sus efectos. [Por último, señala que] el argumento basado en la situación injusta y agravante en que quedaría el imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea convencido de lo contrario, es un valor efectivo y pugna eficazmente contra esa tesis, porque, en verdad, para haber perdón lógicamente se presupone que exista el delincuente y quien fuera indultado llevaría consigo la mancha del delito. No es cierto que siempre quedarían en sus manos los medios para restablecer la verdad o levantar la imputación. La verdad solamente puede surgir de la controversia provocada en el proceso abierto donde el acusador y el acusado discuten libremente,

desde sus respectivas posiciones, hasta llegar a la dilucidación completa de la conducta del acusado. En la generalidad de los casos la imputación corresponde al Ministerio Fiscal. Perdonando el procesado no tendría éste a quien demandar para levantar la imputación calumniosa de que hubiese sido la víctima, pues jamás hallaría el contendor responsable y autorizado, y quedaría pesando sobre su nombre el proceso que se le formó (p. 211-213).

Finalmente, la Corte alude a la “competencia” del Poder Ejecutivo de Facto en los siguientes términos: “Que el hecho que el indulto “sub lite” haya sido decretado por un P. E. “de facto”, no cambia la faz de la cuestión debatida a su respecto, por cuanto el Gobierno Provisional ha podido usar de las facultades del P. E. de derecho, sujetándose en su ejercicio a las prescripciones de la Carta Fundamental y a las decisiones de la justicia (Acordada del 10 de Septiembre de 1930, Fallos, tomo 158, pág. 290)” (p. 213). Este punto, en nuestra opinión, es trascendental para entender el dislate de esta causa: el usurpador indultando al presidente constitucional.

Se puede concluir entonces que, en el presente fallo, la Corte estableció –retornando, así, a la línea originaria en la materia– el estándar por el cual el indulto y la conmutación de la pena no pueden producirse sino después de la imposición de la pena por sentencia firme. Ello así, pues de no darse ese supuesto, se estaría legitimando una intervención indebida del ejecutivo en la esfera de competencias del poder judicial y, además, se generaría lo siguiente:

[una] situación injusta y agravante en que quedaría el imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea convencido de lo contrario, es de un valor efectivo y pugna eficazmente contra esa tesis, porque en verdad para haber perdón, lógicamente se presupone que existe el delincuente y quien fuera indultado llevaría consigo la mancha del delito (p. 213).

III. 7. Caso “Amorebieta, Valentín Felipe, y otros” (Fallos: 220:730)

En esta causa, la Corte analizó tangencialmente el tema del indulto y el principio de igualdad, cuando sostuvo:

No existe violación de la igualdad por la circunstancia de que el Poder Ejecutivo de la Nación haya ejercido su facultad constitucional de indultar con respecto a los comerciantes minoristas detenidos preventivamente por infracción a las leyes 12.830 y 12.983 cuyas respectivas causas no se hallaban sometidas aún a los tribunales de justicia (p. 731).

Respecto al indulto como acto privativo del presidente de la Nación, señaló:

La facultad atribuida al P. E. por el artículo 83, inc. 6°, de la Constitución Nacional, es privativa del mencionado Poder, por lo que el ejercicio discrecional que de ella haga no comporta violación alguna del principio de la igualdad, previsto en el artículo 28 de la Carta Fundamental, ni puede ser objeto de revisión judicial sobre esa base (p. 731-732).

Cabe recordar que otras legislaciones –como la del Estado Plurinacional de Bolivia (Decreto Presidencial 3519)– sortean dicha crítica mediante el establecimiento de condiciones objetivas para alcanzar el indulto –por ejemplo, el establecimiento de penas no mayores a determinada cantidad de años, la condición de no ser reincidente, la exclusión de determinados delitos, etc.–. De esta manera, toda persona que cumpla los requisitos se encuentra en situación de ser indultada o conmutada. Hecho significativo si consideramos que, a fin de año, es habitual que se dicten los indultos individuales a los que reunieran los extremos requeridos.

III. 8. Caso “Lange, Günther” (Fallos: 237:271)

La Corte Suprema manifestó que el indulto y la conmutación de pena están exentas del control judicial, atento que quedan incluidas en la categoría “cuestiones políticas no judiciales”. Al

respecto, sostuvo: “El ejercicio por el Poder Ejecutivo Nacional o Provincial de la facultad de reducir las penas aplicadas por los tribunales de justicia, es materia reservada a sus titulares y ajena a la jurisdicción de la Corte Suprema” (p. 271).

III. 9. Caso “Carrasco, Juan” (Fallos: 245:12)

En este caso, la Corte, aborda la cuestión referida a qué jurisdicción deben ser sometidos los penados que están cumpliendo pena, en virtud de una sentencia dictada por sentencia por los tribunales de territorios nacionales, antes de la creación de las nuevas provincias.

En este punto, la sentencia indica que, al no haberse cuestionado la facultad del Gobernador de la Provincia de Formosa para indultar a reos de delitos de carácter común o no federal, cometidos en ese Estado antes de su “provincialización”, y al encontrarse los acusados cumpliendo condenas impuestas por los tribunales entonces federales, corresponde que el informe requerido en el expediente de indulto sea evacuado por los tribunales locales competentes y no por la Corte Suprema, que dictó la sentencia definitiva en la causa.

Para finalizar, cabe resaltar que la Corte, teniendo en cuenta el marco jurídico vigente en aquel momento, dispuso que, habiéndose transferido las causas pendientes a la provincia de Formosa, le correspondía a ésta determinar, según el marco constitucional provincial, quién debería analizar la solicitud efectuada por el reo.

III. 10. Caso “García de Rivas, Reina Elvira de Jesús c/Nación. Villegas, Andrés Walter. Sarrail, Alfredo Bruno. Álvarez, Juan Carlos. Murúa, Herminio. De la Peña, Julio Arturo” (Fallos: 289:91)

En este fallo, la Corte resolvió que, en virtud de dispuesto en los artículos 478 a 480 del Código de Justicia Militar (vigente en ese momento), el indulto extinguió la pena con todos sus efectos y que, al tratarse de una pena de destitución que incluyó

la pérdida del estado militar, el indulto implicó la recuperación de ese estado, que supone, entre otros, el derecho de pensión para los deudos.

III. 11. Caso “Solís, Julio Alfredo” (Fallos: 308:1298)

El fiscal ante la Cámara de Apelaciones Fiscales de Morón, provincia de Buenos Aires, interpuso el recurso extraordinario que le fue concedido, contra la resolución del tribunal que no hizo lugar a un pedido de inconstitucionalidad parcial de la ley N° 23.070 y que, en consecuencia, aplicó la mencionada norma al nuevo cómputo de pena. Fundamentó su recurso en que dicha ley vulneraba los artículos 1, 5, 31 y el antiguo 104 de la Constitución Nacional, en cuanto su ámbito de aplicación dispone a todos los condenados con sentencia firme dictada entre el 24 de marzo 1976 y el 10 de diciembre de 1983, pues en definitiva se trataba de una conmutación o reducción de la pena dictada por un órgano constitucional –Poder Legislativo– que carece de dichas facultades.

El fallo es de suma importancia por lo que estaba en juego, ya que la pena impuesta al autor penalmente responsable de los atroces delitos de violación y privación ilegítima de la libertad agravada, en concurso real, fue disminuida en tres días, por la aplicación de un acto del Poder Legislativo que, según el Fiscal, habría invadido facultades exclusivas de los gobiernos provinciales. La Cámara entendió que no se estaba frente a una conmutación de la pena sino ante una forma o modalidad especial de computar los plazos de prisión durante el período y que el Congreso era competente en virtud del viejo artículo 67, inciso 11 de la Constitución.

En nuestra apreciación, sin importar la denominación que le demos, no se modifica su esencia; es decir, se aplicó una conmutación de pena.

La Corte falló confirmando la sentencia de la Cámara, diferenciando las competencias para indultar (individual y personal) de las de amnistiar (general e impersonal). Señaló que “Que, a

raíz de que la conmutación de pena no está contemplada especialmente en el Código Penal, debe analizarse la situación individual o general contemplada por el beneficio, para determinar si se está en presencia de una amnistía general, o de un indulto o conmutación individual” (p. 1311). Además, en una clasificación que no compartimos, entendió que la conmutación individual era de carácter administrativa, mientras que la conmutación general era de carácter legislativo:

“En ese sentido, cabe destacar que la naturaleza de la conmutación varía según que tenga el ya mencionado alcance general o individual, y que dicha variación modifica también las conclusiones relativas a la jurisdicción. La conmutación como medida individual, es un acto de significación administrativa, que importa el perdón parcial de la pena, por lo que resulta evidente su carácter de medida particular, que es ejercida por el Poder Ejecutivo respecto de penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal (art. 86, inc. 6°, Constitución Nacional)” (p. 1311).⁵

III. 12. Caso “Soto, Carlos Raúl c/ Ejército Argentino Estado Nacional s/ demanda ordinaria” (Fallos: 313:421)

En lo sustancial, en la causa, la mayoría de la Corte sostuvo que, pese a que el Poder Ejecutivo podía indultar infracciones, no le era posible hacerlo en materia de jurisdicción disciplinaria militar.

III. 13. Caso “Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.” (Fallos: 313:1392)

En esta causa, la Corte Suprema abandonó la postura adoptada en el fallo “Yrigoyen” y sostuvo que era constitucional

⁵ Ver Ibarlucía, Emilio, *Inconstitucionalidad de los Decretos de “indulto” 1002/89, 1003/89 y 1004/89. Violación de la distribución de funciones entre los poderes del Estado que establece la Constitución Nacional*, Buenos Aires, El Derecho. Jurisprudencia General, 1990, 135 (revista), pp. 896 y ss.

indultar a procesados. El voto de la mayoría se fundó en que no mediaba perjuicio procesal suficiente en el apelante para cuestionar el indulto.⁶ Mientras que los Ministros Petracchi y Oyhanarte, que acompañaron según su voto, señalaron que: 1) cuando la Constitución hace referencia al término “pena”, éste debe ser entendido como el que prevé la ley y no lo que los jueces aplican cuando encuentran responsable a una persona de un delito; 2) no media una violación al viejo artículo 95 –actual 109– de la Constitución, porque el Poder Ejecutivo no “se arroga el conocimiento de causas de que se trate ni abre juicio sobre la culpabilidad del indultado o la falta de ella; al contrario, se aparta de lo jurisdiccional y pone en vigencia una prerrogativa soberana por razones y con fines exclusivamente políticos” (p. 1405); 3) si la persona no fue condenada, por más que haya mediado un indulto, subsiste con total plenitud el principio de inocencia; 4) el orden institucional se trastocaría si los jueces cuestionaran la validez de los indultos. Al respecto, señalaron:

el ordenamiento institucional se vería gravemente subvertido si los jueces tomaran para sí el poder admitir o rechazar las finalidades de ese atributo de la soberanía que es el indulto e invadieran, así, una esfera en que la Constitución quiso que imperara la discreción razonable del Presidente (p. 1403)

III. 14. Caso “Díaz, Claudia Fabiana s/ incidente de previo pronunciamiento (indulto)” (Fallos: 314:1440)

En referencia al indulto como acto político no judicial, la Corte sostuvo lo siguiente en la causa “Díaz”:

El indulto como acto de gobierno y por ende de naturaleza política, no puede ser objeto de revisión judicial, sino que sólo cabe examinar las cuestiones jurídicas con él relacionadas. En el caso, la facultad de indultar ha sido ejercida dentro de las exigencias constitucionales

⁶ En opinión de la mayoría, fueron mal concedidos los recursos extraordinarios que habían sido interpuestos por los representantes de los particulares damnificados.

dada la existencia del informe previsto en el artículo 86, inc. 6°, y la discrecional aceptación efectuada por el Poder Ejecutivo, que –al privar de sustento al agravio del representante del Ministerio Público– determina el desistimiento del recurso por parte del Procurador General de la Nación (p. 1440).

III. 15. Caso “Daleo, Graciela Beatriz s/ eximición de prisión” (Fallos: 316:507)

En este fallo, la Corte Suprema reiteró que es constitucionalmente válido indultar a un procesado y, también, trató el tema referido al consentimiento de la persona alcanzada por el “acto de gracia”. Respecto a esto último, entiende que no consiste en un acto privado, sino en una potestad pública instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad.

La Corte sostuvo que el imputado no podía renunciar a los beneficios del indulto. Lo expuso en los siguientes términos:

la institución del indulto en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica, propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de la organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. En otros términos, no consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público, instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad. [considerando 9 de la mayoría] [...] [en el considerando 10, agrega que] en ese mismo orden de ideas, no cabe otorgarle al indultado la facultad de negarse a aceptar la decisión presidencial, convirtiendo de tal modo en inoperante un instrumento que halla su razón de existir en el objetivo de la pacificación de la República y no como se ha expresado en el beneficio particular del condenado (p. 517.)

Finalmente, afirma:

Que la Corte Suprema de los Estados Unidos, al interpretar las disposiciones de la Constitución de aquel Estado, las cuales guardan sustancial analogía con las adoptadas por nuestros constituyentes, llegó a idénticas conclusiones. Así, en el caso ‘Biddle v. Pertrovich’, (274 U.S. 480, 486 del año 1927) aquel tribunal afirmó que: ‘En nuestro tiempo un perdón, no es un acto de gracia que casualmente ejerce el poder. Es parte del plan constitucional. Cuando se lo otorga, es la decisión de la autoridad definitiva en el sentido de que el bienestar público estará mejor servido si se inflige un castigo menor que el resultado del fallo’. Mediante ese pronunciamiento se revirtió la doctrina que ese tribunal había sentado en ‘Burdick v. United States’ (236 U.S., 79 del año 1915), la que propugnaba la existencia virtual de una figura contractual entre el presidente y el indultado, lo que convertía en imperfecto el perdón otorgado sin la debida aceptación. Al respecto de esa superada tesis se ha dicho que: ‘si se [la] siguiera estrictamente en el sistema norteamericano moderno, limitaría indebidamente el uso que el Presidente podría hacer de su poder constitucional de gracia’ (Schawartz, Bernard, “Los Poderes del Gobierno”, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, t. II, p. 95, México, 1966). A lo que cabe agregar que dejaría en manos del indultado la posibilidad de ‘sacralizar su inmolación’, con evidente menoscabo de los fines perseguidos mediante la contemplación de ese excepcional instrumento (p. 517-518).

Cabe señalar que, para nosotros, la fuente de nuestro artículo 99, inciso 5, no fue solamente la Constitución de Estados Unidos. Además, como señalamos anteriormente y en otras oportunidades (Taglianetti, 2018), entre el texto norteamericano y la cláusula nacional existen notables diferencias: la amplitud dada a la estadounidense –comprensiva en la práctica tanto del indulto como de la amnistía– permite el indulto tanto a procesados como a condenados.

Por otro lado, manifestamos nuestra negativa a que se prescindiera del consentimiento de la persona. Por el contrario, sostenemos que es un requisito que debe concurrir previamente a la formación de la voluntad del Poder Ejecutivo. Esto se ve con mayor claridad cuando la persona está procesada pues, en ese supuesto, está en juego su buen nombre y honor y, además, se puede preferir que medie una sentencia judicial que determine su inocencia y no que medie un perdón sobre algo que nunca hizo.

Por último, aun cuando se trate de un condenado por sentencia firme, entendemos que debe mediar su previo consentimiento, porque la potestad constitucional del poder ejecutivo no puede avanzar sobre la esfera de libertad y de disponibilidad de la persona. En buen romance, el Poder Ejecutivo no puede “perdonar” a quien niega esa “gracia”.⁷

III. 16. Caso “Aquino, Mercedes s/ denuncia (Caso Martinelli - Oliva) s/ plantea inconstitucionalidad del decreto 1002/89” (Fallos: 315:2421)

El caso “Aquino” llegó a la Corte luego de que la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declarara la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, que había indultado a los acusados del secuestro y muerte de Laura Martinelli y de la desaparición de Carlos Oliva, entre otras personas. Frente a esto, los defensores de los imputados interpusieron recurso extraordinario.

Del análisis del fallo surge que: 1) el particular ofendido carece de legitimidad para reclamar la inconstitucionalidad del decreto que indultó a un procesado: artículos. 100 bis y 146 del Código de Justicia Militar; 2) aun reconociendo la falta de legitimidad del particular ofendido para reclamar la inconstitucionalidad de un decreto que indultó a un procesado, el dictamen

⁷ En sentido contrario, para Marienhoff (2011), “[e]l carácter de ‘orden público’ que reviste el indulto lo torna insusceptible de impugnación jurisdiccional a los efectos de su rechazo, o de su ‘renuncia’ [...] por parte del favorecido por él: el indulto existe independientemente de la voluntad del indultado, pues se le emite atendiendo a superiores intereses de la sociedad” (p. 568).

del fiscal resulta, por su naturaleza y contenido, un antecedente apto y suficiente para provocar el pronunciamiento de la Corte; 3) el titular del Poder Ejecutivo está facultado para indultar a personas sometidas a proceso.

Además, en esta oportunidad, luego de hacer un profundo análisis de los antecedentes en materia de indulto a procesados, el juez Fayt configuró el punto 4) del mentado fallo señalando lo siguiente:

el indulto antes de la condena requiere que el delito haya sido cometido previamente y cuanto menos existir semiplena prueba del mismo y elementos suficientes, a juicio del tribunal, para creer al imputado responsable del hecho, toda vez que no se indulta a inocentes (p. 2437).

Por último, en disidencia, votaron los jueces Levene y Belluscio quienes sostuvieron:

en el año 1868, en los autos “Luengo, Simón, y otros, por rebelión” (Fallos: 6:227), estableció el Tribunal que la Constitución en el art. 86 Ver Texto, inc 6º, autoriza al Presidente de la República, para indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal competente, lo que bien claro muestra que el ejercicio de ese derecho debe seguir al juzgamiento, en el que se ha de calificar, primero el delito y se ha de designar al delincuente y la pena; pues de otro modo, no podría indultarse en el sentido de la Constitución y previo informe judicial, a quien no es declarado culpable o conmutarse penas que no son conocidas ni han sido pronunciadas por la única autoridad a que está reservada esta función, quedando así, por último, invertido el orden natural de las funciones de los poderes públicos y burlados los propósitos de la Constitución. Al mantener ella el derecho de gracia en la forma que lo ha hecho, subordinándola a una tramitación especial, en que el juzgamiento preceda al indulto, ha querido sin duda, que éste evite o modifique el excesivo rigor que puede acompañar a la aplicación de la ley en ciertos casos y circunstancias, de que no debe darse cuenta un

Juez; ha querido que todos y cada uno de los poderes cumplan con su deber en la esfera que les está marcada; que la moralidad se levante en alto; que la ley conserve siempre su prestigio, siendo ciegamente obedecida, y finalmente, que la conciencia que inspire el perdón al dispensar la pena, valga tanto como el mismo castigo y nada defraude a la justicia con que se aplica la ley en el proceso. (p. 2439).

Además, expresaron que, si el Presidente pudiese indultar, sin que se haya dictado una sentencia condenatoria, éste estaría ejerciendo funciones judiciales vedadas por la propia Constitución.

Comentando el fallo, Gelli (2013) sostuvo que en la causa, “la Corte Suprema de Justicia ha convalidado indirectamente aquellos indultos a procesados [...] pues el *holding* de la sentencia rechazó el recurso por falta de legitimación de la presentante para cuestionar la medida” (p. 394).

III. 17. Caso “Causa artículo 10 de la ley 23.049 por hechos acaecidos en Provincias de Buenos Aires, Río Negro y Neuquén, bajo control operacional que habría correspondido al V Cuerpo del Ejército (Armada Argentina)” (Fallos: 323:2648)

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca resolvió no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 y sobreseyó definitivamente a los procesados en autos. Según narra la Corte, la Cámara Federal interviniente en el expediente de la referencia, dispuso desprender de las actuaciones las que correspondían a la fuerza armada y formar con ellas sub-causa por separado, con igual carátula, pero bajo otro número (11/88b). Así –continúa explicando el órgano judicial–, de las constancias agregadas y de la sentencia impugnada, surge que, en esta misma causa N°11/88 (b), se promovió el incidente n°386/89 caratulado “Dr. Juan Carlos Wlasic (apoderado de Pedro Alberto Martinelli) en autos Aquino, Mercedes s/ denuncia (caso Martinelli-Oliva) s/ plantea inconstitucionalidad decreto 1002/89”, en el que esa Corte Suprema, al tratar los agravios de índole constitucional planteados sobre la validez

del decreto 1002/89, dictó sentencia el 14 de octubre de 1992 –registrada en Fallos: 315:2421- y por mayoría declaró que resultaba “indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso” (v. considerando 4° del fallo).

En consecuencia, estimó le resultaba inadmisibile que en esta misma causa se pronunciara una nueva sentencia sobre el mismo planteo y que el apelante intente su revisión, puesto que con ello no sólo se desconoció la obligatoriedad del fallo de esta Corte y los límites a que estaba sujeta la jurisdicción del a quo, sino que se afectó la cosa juzgada emanada de esa decisión, lo que autoriza, en consecuencia, a declarar su nulidad en razón de que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional (v. considerando 6°).

Por lo expuesto, la Corte resolvió por unanimidad: 1° Declarar procedente el recurso extraordinario y decretar la nulidad del pronunciamiento en lo vinculado a la constitucionalidad del decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional y estar sobre el punto a lo resuelto en esta causa en “Aquino”. 2° Confirmar la sentencia impugnada en cuanto sobreseyó definitivamente en la causa y respecto de los imputados.

III. 18. Caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3248)

En el precedente “Mazzeo”, el Máximo Tribunal pudo analizar la declaración de inconstitucionalidad del decreto N° 1002/89. En esta oportunidad, la Corte no ingresó a juzgar la cuestión de fondo, es decir, no se expidió sobre la posibilidad de poder indultar a personas procesadas, entendiend que la naturaleza de los delitos cometidos estaba fuera de la atribución constitucional. Es de destacar, tal como vimos “ut supra”, que la Corte, con otra composición, había rechazado la inconstitucionalidad (causas “Rivero” y “Aquino”).

Los hechos, en apretada síntesis, fueron los siguientes: en la causa se dictó el sobreseimiento a favor del imputado, por su presunta participación en hechos de homicidio, privación ilegítima de la libertad y torturas, entre otros delitos aberrantes, junto con personal de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado. Para decidirlo, se tuvo en cuenta que el imputado había sido indultado por Decreto N° 1002/89.

Con posterioridad, Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y la Liga Argentina por los Derechos Humanos, solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del mencionado decreto, mediante el cual, el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

El juez federal actuante hizo lugar a la presentación efectuada, declaró la invalidez constitucional del decreto y privó de efectos al sobreseimiento. El defensor de Riveros planteó la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento dictado, pues éste se encontraba firme. El auto fue revocado por la Cámara de Apelaciones. Luego, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del decreto que indultó al mencionado y esta decisión motivó la interposición del recurso extraordinario por parte de la defensa.

La Corte Suprema de Justicia entendió que existía una imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, la investigación, la comprobación de los hechos, la identificación de sus autores y la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad (Conforme considerando 29 del fallo de la mayoría).

En este orden, se cita a “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”:

inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CIDH - Serie C N° 75, Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41). Por su parte el juez García Ramírez, en su voto concurrente, señaló que las “disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos” (párr. 11). (p. 3298 y 3299). En este mismo sentido, pero más enfáticamente en el caso “Almonacid”, la Corte Interamericana señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. Señaló que por ello los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (Caso Almonacid Arellano y otros. CIDH - Serie C N° 154, sentencia del 26 de septiembre del 2006) (p. 3299).

En otro importante pasaje de este fallo, en lo que respecta al objeto de nuestro trabajo, se indica lo siguiente:

lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo. Por ello tratándose el sub lite de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes. Por tal razón, resulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el artículo 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el sub lite. Por esas mismas razones, resulta innecesario dilucidar ahora si el objetivo que reserva nuestra Carta Magna al indulto es compatible con los fundamentos de carácter general esgrimidos en el decreto 1002/89 referentes a la supuesta necesidad de adoptar medidas que generaran las condiciones propicias para alcanzar la concordia, el mutuo perdón, la reconciliación, pacificación y la unión nacional (p. 3302 y 3303).

Asimismo, la Corte hizo referencia a la incompatibilidad que surge de contrastar los indultos por delitos de lesa humanidad y los instrumentos jurídicos internacionales, y a que el tema fuera tratado en dos precedentes: “Arancibia Clavel” (Fallos: 328:341) y “Simón” (Fallos: 328:2056).

El Máximo Tribunal, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del indulto y la nulidad de los efectos producidos.

Por último, cabe destacar que el fallo tuvo la disidencia de Fayt y Argibay. En el voto de la Magistrada se destaca un considerando:

Quiero dejar en claro desde ya que, a mi juicio, los indultos a personas procesadas son inconstitucionales porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, lo cual atenta contra la división de poderes que sustenta nuestro sistema republicano de gobierno. Es verdad que, haciendo pie en el (actual) artículo 99.5 de la Constitución Nacional, una parte de la doctrina ha considerado factible realizar esta extensión; pero entiendo que tal interpretación amplía indebidamente la “magnanimidad” del Presidente de la Nación ya que la norma se refiere a indultar o conmutar penas, es decir, que permite un perdón discrecional. Nada hay que perdonar mientras no existe una condena que imponga pena, pues hasta entonces subsiste el principio de inocencia también consagrado por la Carta Magna. Sin embargo, mi opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada.⁸

III. 19. Caso “Díaz, Claudia Fabiana s/ incidente de previo pronunciamiento (indulto)” (Fallos: 314:1440)

En este fallo, la Corte aprovechó la oportunidad para establecer el alcance del control jurisdiccional del indulto, en los

⁸ Señala D’Alessio (2009): “En este nuevo pronunciamiento, la mayoría del alto tribunal afirmó que la decisión de cerrar ese proceso cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, identificar a sus autores, cómplices y encubridores, e imponer las sanciones correspondientes, así como el derecho de las víctimas a un recurso eficaz para lograr tal cometido” (p. 1021).

siguientes términos: “acto de gobierno y por ende de naturaleza política que no puede ser objeto de revisión judicial, sino que sólo cabe examinar las cuestiones jurídicas con él relacionadas”.

Al respecto, Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2005, p. 889), sostienen que el control judicial se encuentra limitado en las siguientes situaciones: 1) cuando recaiga sobre penas no indultables ni conmutables; 2) cuando afecte el derecho de defensa o el derecho a la verdad reclamado por el procesado, y 3) cuando no tenga motivación alguna, pues no debe sustraerse la facultad para disponer inultos o conmutación de penas a la obligación de todo funcionario de dar razones fundadas de sus actos frente a la sociedad.

Por nuestra parte, de manera sucinta, siguiendo de cerca la doctrina del Tribunal Supremo español y de su Tribunal Constitucional, diremos que existe un núcleo que no es posible controlar, es decir, la decisión de indultar o no. Pero, una vez que se haya adoptado la decisión de hacerlo, el poder judicial se encuentra habilitado para analizar si los elementos o requisitos necesarios para su legítimo dictado concurren. En efecto, el indulto no es indiferente a la propia Constitución de la cual emana, la que le otorga esa jurisdicción primigenia. Es que, en un Estado de derecho, no se puede aceptar una prerrogativa pública que, en su ejercicio, le permita al Presidente sustraerse totalmente de cualquier control por parte de los tribunales.⁹

Por esta razón, los indultos y las conmutaciones de pena son susceptibles de control jurisdiccional, en cuanto a los límites

⁹ En la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2012 (166/2001), se indicó lo siguiente: “El indulto, strictu sensu, no es un acto administrativo, ni menos un acto cuasi-reglado [...] pues el ejercicio del derecho de gracia constituye una facultad potestativa no susceptible de ser combatida ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción”; “de suerte que su concesión o denegación se conforma como un acto no sujeto al derecho administrativo”. Por ello en la STS 23 de enero de 2013 (RC 443/2012) expuso que: “No resultan de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia de adopten por el Gobierno”

y requisitos que deriven del propio texto de la Constitución (control que se da incluso frente a los actos considerados de “naturaleza política”). El constituyente define, mediante conceptos judicialmente controlables, los términos o requisitos previos a los que deben sujetarse el legítimo obrar, para comprobar que el Poder Ejecutivo ha actuado dentro del marco de constitucional y también –no es posible excluirlo– del marco de convencionalidad (Tribunal Supremo del Reino de España, 2005).

En consecuencia, el examen que le compete a los tribunales de justicia es, en primer lugar, el referido a los requisitos previstos en la Constitución, cuyas notas hemos visto en el capítulo anterior. Así, aun cuando el Presidente puede decidir a quién indulta o conmuta su pena y a quién no, lo cierto es que es la propia Constitución la que abre el control de la jurisdicción, a través de sus elementos reglados (es decir, sus requisitos).

Por último, es obvio que, a pesar de que las instituciones analizadas perduraron, las circunstancias históricas y sociales cambiaron sustancialmente. Consecuentemente, su aplicación no debe quedar anclada en el pasado, sino que debe adecuarse a los tiempos actuales, donde los principios emanados del sistema republicano resultan ser los que marcan la actuación de las autoridades públicas –por un lado- y la vigencia irrestricta de los derechos humanos por el otro. Al respecto, consideramos que, justamente, la manera de adecuar esa prerrogativa histórica, es someter la decisión presidencial al control judicial. Sólo de esta manera la aplicación del indulto y la conmutación de pena logran alejarse de su génesis monárquica y de los tiempos de las prerrogativas ilimitadas (Tribunal Supremo del Reino de España, 2013).

III. 20. Casos “Videla Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/ Recurso de Casación” (Fallos: 333:1657)

En este caso, cuyos hechos aberrantes son de público conocimiento, la Corte declaró la inconstitucional del Decreto N° 2741/90, por el cual se había indultado a Jorge Rafael Videla.

A fin de fundamentar la sentencia, los magistrados tomaron como base de su argumentación lo dicho en el caso “Mazzeo”.

En igual sentido, y en la misma fecha, resolvió el caso “Martínez de Hoz”, en los siguientes términos: “Que las cuestiones planteadas en el sub lite son sustancialmente análogas a las examinadas y decididas en la causa V.300.XLIV “Videla, Jorge Rafael s /recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90”, sentencia de la fecha, a cuyas consideraciones y conclusiones se remite por razones de brevedad”.

IV. En torno a la jurisprudencia reseñada en materia de indulto y conmutación de pena

IV.1. Observaciones

Del compendio de fallos reseñados y analizados, podemos observar y/o afirmar lo siguiente:

1. Desde los primeros fallos referidos a la temática en estudio, la Corte se ocupó por distinguir con claridad las figuras del indulto y conmutación de penas respecto del instituto de la amnistía, dado que tanto los requisitos habilitantes como sus efectos se diferencian. Además, fundamentalmente buscó subrayar que la competencia asignada para dichas labores recaía en dos órganos distintos: Ejecutivo y Legislativo.

2. Constitucionalmente, el Ejecutivo sólo puede indultar a personas que hayan cometido delitos tramitados ante la justicia federal –conf. artículo 99, inciso 5°, Constitución Nacional–. Por su parte, los gobiernos provinciales pueden también hacerlo, pero sólo sobre los que tramiten ante la jurisdicción provincial. Luego de la reforma constitucional y del establecimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la atribución presidencial de indultar a condenados por tribunales ordinarios resulta cuestionable. Respecto a la amnistía, sólo puede ser efectuada por el Congreso de la Nación en uso de las facultades conferidas por el artículo 75, inciso 20. Es necesario aclarar que esta atribución

no puede ser delegada al Poder Ejecutivo y que tampoco éste podría invocar el artículo 99, inciso 3, para dictarla.

3. Existe uniformidad en señalar que la falta del informe del Tribunal, en los términos previstos en el artículo 99, inciso 5°, de la Constitución, hace que el indulto dictado sea inconstitucional. Como requisito expreso de la carta magna, su omisión o defectuosa presentación (como, por ejemplo, omisión de los datos esenciales)¹⁰ acarrea su nulidad y no es posible que se integre con posterioridad. Es decir, no hay subsanación posible, debiéndose iniciar nuevamente el procedimiento. A este respecto, cabe aclarar que si bien la Constitución requiere que el Presidente se valga del informe del tribunal, este requisito, en modo alguno, lo obliga a seguir la opinión vertida por el órgano judicial.

4. Uno de los puntos neurálgicos respecto de las figuras analizadas es si, para su legítima emisión, el indulto o la conmutación de pena debe recaer únicamente en condenados o si, como dijo la Corte, puede alcanzar a procesados.

En apretada síntesis, teniendo en cuenta los límites del presente trabajo, las razones que nos llevan a adoptar la postura en favor de los condenados únicamente son las siguientes: 1). El artículo 99, inciso 5, debe ser interpretado junto al resto de las cláusulas constitucionales. Así, cobran relevancia los artículos 109 (prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Ejecutivo), 29 (prohibición de conceder la suma del poder público o facultades extraordinarias a gobiernos o persona alguna), 23 (imposibilidad del presidente, en casos de estado de sitio, de condenar por sí, ni aplicar penas) y 75 inciso 22 (Tratados internacionales de derechos humanos). Como corolario de ello, el poder ejecutivo no puede indultar a procesados pues se estaría entrometiendo ilegítimamente en las funciones

¹⁰ Al respecto, recordemos que la finalidad que se persigue con el informe completo es, precisamente, la de dotar al Poder Ejecutivo de la mayor información posible para que pueda adoptar una correcta decisión.

del poder judicial. Ergo, sólo podrá indultar o conmutar cuando se haya concluido la labor judicial, es decir, frente a un condenado por sentencia firme, dictada por juez competente. 2). No hay delito ni responsable hasta que la sentencia condenatoria se encuentre pasada en autoridad de cosa juzgada. El procesado carece de dichos extremos, siéndole imposible asimilarlo por las diferencias estructurales de uno y otro. 3). El indulto recaído con anterioridad quebranta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional, hasta tanto ser condenado por sentencia firme.¹¹ 4). El indulto dictado con anterioridad, implica la renuncia voluntaria del Estado a la investigación de dicho delito. En casos de derechos humanos, como veremos a continuación, esta circunstancia es incompatible con la Convención Interamericana y la doctrina que, a partir de ésta, ha hecho la Corte Interamericana.

5. La Corte indicó que el indulto no depende de la voluntad del condenado, es decir, no puede rechazarlo, atento que la Corte entiende que es dictado, persiguiendo objetivos superiores a los intereses individuales.

En este punto, nuestra Corte ha seguido de cerca a su par norteamericana –doctrina sentada por la Corte Norteamericana en la causa “Burdick v. United States” (236 U.S., 79 del año 1915)-, y considera que no es un acto contractual.

6. La Corte Suprema entiende que los delitos de lesa humanidad no pueden ser objeto de indulto presidencial. Posición que compartimos porque, además del repudio personal que semejantes atrocidades nos generan, los propios hechos demuestran que estamos frente a delitos que afectan de una manera especial y particular a la sociedad en su conjunto. En ese orden, es inconstitucional el decreto por el cual se indultan graves delitos de lesa humanidad pues viola el compromiso internacional asumido por el Estado de reprimir tales conductas.

¹¹ Bidart Campos (1993), p. 336-337.

7. La Corte, intérprete final de la Constitución, no ha tenido oportunidad de expedirse respecto de los denominados delitos constitucionales (artículos 15, 22, 29, 36 y 119 de la Constitución Nacional). Si bien no es posible saber cómo se pronunciaría el Máximo Tribunal frente a indultos que tuvieran por objeto delitos de esa naturaleza, vale aclarar que nuestra postura es contraria a admitir la constitucionalidad de los indultos o conmutaciones que tengan por objeto hechos calificados como delitos constitucionales.

8. De los fallos referenciados, es posible afirmar que al indulto se lo consideraba una atribución discrecional-política de control limitado.

La mentada irrupción del bloque de constitucionalidad en la vida institucional argentina, ha marcado un cambio trascendental en la materia que, sumado a lo dicho por la Corte Interamericana en la especie, permite –o, mejor dicho, obliga– un control más intenso de la prerrogativa en clave de defensa de los derechos humanos.

9. A partir de los fallos pronunciados por la Corte Suprema, es posible esbozar una definición del instituto del indulto como un acto de perdón (como potestad de carácter público, “Daleo”), individual y total (“Solís”), previsto como facultad privativa del Poder Ejecutivo en uso de sus facultades discrecionales (“Amborieta” y “Luengo”), por el cual una persona aun sin sentencia firme (“Ibáñez”, “Daleo”, “Riveros” y “Aquino”),¹² puede acceder al beneficio sin que se le requiera su consentimiento (“Daleo”), para determinados delitos, excluyendo los delitos de lesa humanidad (“Videla”, “Mazzeo” y “Aquino”), previo la elaboración de un informe del Tribunal interviniente (“Ibáñez”).

¹² Insistimos, que nuestra interpretación de la cláusula constitucional es contraria al criterio sentado. Cabe destacar, finalmente, que en el reciente fallo “Mazzeo”, como se dijo oportunamente, el voto de la mayoría de la Corte Suprema consideró innecesario expedirse al respecto, pues entiende que el indulto resulta contrario a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

IV.2. Comentarios sobre la persistencia del artículo 99 inciso 5° de la Constitución Nacional

Debido a que los institutos pueden convertirse en un mecanismo legal para asegurar o cristalizar la impunidad de las personas que cometieron delitos atroces –tal como ocurrió en nuestro país durante la última dictadura cívico-militar (Decretos N°1002/89, 1003/89, 1004/89 y 2741/90)– creemos que, mientras persista la cláusula constitucional que otorga al Poder Ejecutivo la facultad de indultar y/o conmutar penas, resulta sumamente necesario y conveniente limitar los delitos alcanzados por estas figuras (v. gr. delitos menores). Por otra parte, en relación con los indultos otorgados a los responsables de desaparición, tortura y muerte de personas durante la última dictadura, cabe recordar que la posterior declaración de la anticonstitucionalidad de los indultos otorgados resultó insuficiente: su dictado implicó un acto de menosprecio a la dignidad humana y un quiebre institucional, imposible de ser reparado en forma íntegra ulteriormente. Es por esta razón que, repetimos, creemos que es sumamente necesario limitar los delitos alcanzados por los institutos del indulto y la conmutación de penas.

Realizada esta aclaración, debemos enfatizar que el derecho internacional repudia la aplicación de estas figuras (y, podríamos agregar, también la de los institutos de prescripción y amnistía), frente a casos de graves –como ser las violaciones a los derechos humanos–, por ser justamente productores de actos de impunidad. Las violaciones a los derechos humanos, así como también los delitos universales, en tanto atentan contra la dignidad del ser humano, no pueden ser perdonados, acto contrario, se estaría perpetuando la impunidad. El Estado es responsable frente a una actuación de este tenor.

IV.3. La incidencia de los tratados internacionales en los fallos de la Corte

La jerarquización de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, prevista en el artículo 75, inciso 22 de

la Constitución, ha provocado una limitación sustancial de las figuras que podríamos asemejar a una reforma constitucional del inciso quinto. La Constitución vigente con anterioridad a la reforma de 1994, contaba con elementos para declarar la inconstitucionalidad de ciertos indultos, pero lo cierto es que, a partir de la incorporación y consideración de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha desterrado definitivamente la posibilidad de indultar delitos de lesa humanidad. Asimismo, en otros casos, obliga a una reinterpretación acorde a los parámetros fijados (por ejemplo, auto-amnistía/ auto-indulto; delitos de corrupción; tráfico de personas o reducción a servidumbre, entre otros).

En ese orden, cabe analizar la relación entre el artículo 99, inciso 5, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los Estados miembros de la CADH están obligados a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos. La Corte lo ha dicho en los siguientes términos: “El Estado que deja impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción” [Corte IDH, Caso Cantoral Benavides, Reparaciones (Art. 63.1 CADH), sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, Nr. 88, párrafo 69].

Asimismo, la Corte Interamericana señaló:

toda violación de derechos humanos conlleva el deber del Estado de realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones y, en su caso, sancionarlas (...) Los Estados no deben ampararse en la falta de actividad procesal de los interesados para dejar de cumplir con sus obligaciones convencionales de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. En el presente caso, el deber del Estado de investigar, identificar y sancionar a los responsables dentro del proceso penal en curso, constituye una obligación convencional que aquél debe cumplir y realizar ex officio en forma efectiva, independientemente

de que las víctimas o sus representantes ejerzan o no las facultades que la legislación interna prevé para participar en el proceso abierto al efecto [Corte IDH, Caso Las Palmeras, Reparaciones (Art. 63.1 CADH), sentencia de 26 de noviembre de 2002, Serie C Nr. 96, párrafos 66-68].

Por lo expuesto, en línea con lo que estamos sosteniendo, la atribución de indultar o conmutar podrá ejercerse en la medida que dicha actuación no implique, en la práctica, la imposibilidad de iniciar o continuar una investigación puesta en marcha como consecuencia de violaciones a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana. La víctima –insistimos– debe contar con la posibilidad, cierta y efectiva, de ocurrir a los tribunales de justicia y obtener, en tiempo razonable, una respuesta a su requerimiento. El impedimento al discernimiento sobre la verdad de los hechos acaecidos, implica una transgresión insoportable para la Constitución. De esta manera, la figura del indulto adopta un nuevo perfil acorde a nuestra actual configuración constitucional (bloque constitucionalidad).

IV.4. Comentario sobre los pasos previos a la aplicación del indulto

A lo largo de los fallos analizados, observamos que la figura de la víctima del delito luce fuera de foco.¹³ Su participación no existe en el procedimiento previo a la emisión del indulto. Creemos que, atentos a los cambios legislativos (Ley N° 27.372) y jurisprudenciales dados en los últimos tiempos, se le debe otorgar una participación amplia, previa al dictado del acto por parte del Poder Ejecutivo.

Por otro lado, teniendo en consideración lo señalado, creemos que es pertinente establecer, de manera previa al dictado

¹³ El artículo 2 de la Ley N° 27.372, considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

del acto, un espacio o ámbito de discusión, donde el Poder Ejecutivo se vea obligado a informar a la ciudadanía respecto de su voluntad de indultar o conmutar penas, comunicando –al mismo tiempo– las razones que justifican su dictado y promoviendo la participación de la ciudadanía, mediante audiencias públicas que garanticen la pluralidad de voces. De esta manera, la decisión se vería robustecida.

V. Bibliografía

- Bidart Campos, G.J. (1993). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G.J. (1997). *Manual de la Constitución Reformada. Tomo III*, Buenos Aires: Ediar.
- D'Alessio, A. J (2009). *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado, Tomo I*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Frías Caballero, J. (1992). Indulto a procesados. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Número 1992:C.
- Gelli, M. A. (2013). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Ibarlucía, E. (1990). Inconstitucionalidad de los Decretos de “indulto” 1002/89, 1003/89 y 1004/89. Violación de la distribución de funciones entre los poderes del Estado que establece la Constitución Nacional. *El Derecho. Jurisprudencia General*, 135.
- Lazzarini, J.L. (1989). Indulto presidencial durante el proceso. *Revista Jurídica La Ley*, Número 1989 D, (1116-1122).
- Luna, F. (1993). *Yrigoyen*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Marienhoff, M.S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Decreto Presidencial del Estado Plurinacional de Bolivia N° 3519 del 3 de abril de 2018 (publicación del 18/4/18). Fuente: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/descargar/157659> [Fecha de consulta: 30/4/19].
- Ramella, P. A. (1982). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

- Taglianetti, E.F. (2018). “El indulto y la conmutación de penas en la Constitución Nacional. Análisis constitucional, jurisprudencial y doctrinario”. (Trabajo Final Integrado para acceder al título de especialista en Derecho Constitucional). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

La judicialización de la ejecución de la pena privativa de la libertad. El fallo “Romero Cacharane” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

The judicialization of the execution of the custodial sentence. The “Romero Cacharane” ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation

Judicialização da execução da pena de privação de liberdade. A decisão “Romero Cacharane” do Supremo Tribunal de Justiça da Nação

Judiciarisation de l'exécution de la peine privative de liberté. La décision “Romero Cacharane” de la Cour Suprême de Justice de la Nation

执行监禁刑的司法化。执政的“Romero Cacharane”国家最高法院

Ignacio Fernández Camillo¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 459-467

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e313>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3878-1255>

Recibido: 7/05/2019

Aprobado: 16/06/2019

Resumen: En base a un somero análisis del fallo de la CSJN “Romero Cacharane”, el artículo busca desentrañar la judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad a partir de la ley nacional 24.660. Se

¹ Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata..

trata de un análisis que se conforma una investigación más amplia sobre las potestades que el Servicio Penitenciario posee en la ejecución de la pena privativa de libertad, convirtiéndose por momentos en “soberano” en la punición del/a detenido/a.

Palabras claves: Judicialización-ejecución de la pena

Abstract: Based on a brief analysis of the ruling of the Supreme Court of Justice “Romero Cacharane”, the article seeks to unravel the judicialization of the execution of the custodial sentence based on national law 24.660. This is an analysis that constitutes a broader investigation into the powers that the Penitentiary Service has in the execution of the sentence of deprivation of liberty, becoming at times “sovereign” in the punishment of the detainee.

Keywords: Judicialization-execution of the sentence.

Resumo: Com base em uma breve análise da decisão do STJN “Romero Cacharane”, o artigo procura desvendar judicialização da execução da pena de privação de liberdade a partir da lei nacional 24.660. É uma análise que se ajusta a uma investigação mais ampla sobre os poderes que o Serviço Penitenciário tem na execução da pena privativa de liberdade, tornando-se às vezes em “soberano” na punição do/da detento/a.

Palavras-chave: Judicialização-execução da pena de privação de liberdade.

Résumé: Basée sur une analyse sommaire de la décision du CSJN “Romero Cacharane”, cet article cherche à comprendre la judiciarisation de l’exécution de la peine de privation de liberté à partir de la loi nationale 24.660. Cette analyse s’inscrit dans le cadre d’une investigation plus large sur les pouvoirs dont dispose le Service pénitencier dans l’exécution de la peine privative de liberté, devenant par moment “souveraine” quand à la punition du/de la détenu/e.

Mot-clés: Judiciarisation-exécution de la peine

摘要: 根据对CSJN“Romero Cacharane”裁决的简要分析, 该条旨在解释对剥夺自由刑的执行从国家法律24,660的起诉。这是一项分析, 符合对监狱服务部执行监禁刑的权力进行更广泛的调查, 有时在惩罚被拘留者方面成为“主权”。

关键字: 关键字:司法化, 执行判决

I. Introducción

Una de las finalidades del Servicio Penitenciario es la administración del cumplimiento de la función de la pena privativa de libertad. Esta tarea es asignada y reglamentada a nivel nacional por la ley 24.660.

El hecho de privar a una persona de su libertad acarrea la adopción de un conjunto de determinaciones que adquieren una relevancia superlativa en la vida de quien pasa a ser “objeto” de las mismas, enmarcadas éstas en un concepto de prisionización. Así, cada vez que mediante una resolución administrativa interna se dispone cualquier medida referente a la forma de prisionización de un detenido dentro de la unidad carcelaria, se está redefiniendo la situación mediante la cual una persona privada de la libertad debe adaptarse a vivir en ella².

En nuestro sistema el conjunto de esas decisiones históricamente se encontró en manos del Servicio Penitenciario y lo cierto es que esta reconfiguración del mundo del/a detenido/a fundada sólo en la decisión “discrecional” de una sola agencia penal sin siquiera la revisión del Juzgado o Tribunal a cargo del detenido, termina por configurar una práctica arbitraria.

El fallo “Romero Cacharane” viene a tratar de socavar esta estructura en la que el Servicio Penitenciario “administra” la función de la pena privativa de libertad y el poder judicial sólo conciente lo realizado administrativamente. Estableciendo parámetros respecto de la “judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad”.

II. Caso “Romero Cacharane”

Hechos: Mientras Hugo Alberto Romero Cacharane se encontraba cumpliendo su pena en una cárcel mendocina, fue

² Es realmente complicado, sino imposible “aprender a vivir en sociedad aislado de la misma”. Este absurdo, determina que luego las agencias penales deban expresarse de forma contradictoria y deshumanizadamente en la mayoría de los conflictos capilares que se suscitan en el marco de la administración de la pena privativa de la libertad.

sancionado por el servicio penitenciario a cumplir quince días de aislamiento en el pabellón de máxima seguridad. La defensa oficial de Cacharane apeló esa sanción ante el juez de ejecución penal alegando que se había violado la garantía de defensa en juicio porque fue impuesta en ausencia de un proceso en el que pudiera defenderse del cargo por el que fuera castigado.

El juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Mendoza, en ejercicio de las funciones de juez de ejecución, no hizo lugar al recurso de apelación y nulidad interpuesto en esa instancia y confirmó la sanción impuesta por resolución penitenciaria n° 406/97, por la cual se aplicaron a Romero Cacharane quince días ininterrumpidos en celda de aislamiento del pabellón de máxima seguridad de la penitenciaría mendocina, contravirtiendo lo establecido por la ley nacional de ejecución penal -ley 24.660-. El juez de ejecución consideró que, dado que dicha ley autoriza un plazo de un año para que las provincias adecuen sus normas penitenciarias, “no es obligación de la autoridad penitenciaria seguir los procedimientos que el señor Defensor Oficial pretende, máxime cuando de la sustanciación de las actuaciones que aplicaron la sanción y del tipo de la misma, no surgen elementos que indiquen un castigo injusto o ilegal o que se ha torcido la realidad para afectar al interno Romero Cacharane”.

La defensa de Cacharane recurrió esa decisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa de Hugo Alberto Romero Cacharane. Al denegar el mencionado recurso, la Sala sostuvo que es su criterio que las resoluciones que no se encuentran vinculadas con el título ejecutivo de la condena sino con la forma de cumplimiento de la pena impuesta, es decir, relacionadas con normas o reglamentos del derecho penitenciario, no son susceptibles del embate casatorio. Señaló, asimismo, que las cuestiones relacionadas con la función de control penitenciario, de competencia originariamente administrativa sólo resultan recurribles, “en algunos casos” ante el juez de ejecución, cuyas

decisiones, a su vez, sólo “en ciertos supuestos”, pueden ser objeto del recurso de apelación del artículo 18 de la ley 24.050.

El fallo de la casación fue impugnado mediante el recurso extraordinario, cuyo rechazo fue en queja a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bajo el argumento de que la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal era arbitraria, en tanto dicho órgano no asumió la intervención que le asigna la normativa vigente, violando con ello el derecho constitucional a la protección judicial y a la doble instancia que entendió aplicable a la etapa de ejecución de la pena.

Fallo: El 9 de marzo de 2004 la Corte Suprema hizo lugar al planteo formulado por la defensa de Romero Cacharane (Voto de los jueces Zaffaroni, Maqueda, Petracchi, Fayt, Boggiano y Vázquez).

Según el Máximo Tribunal, las decisiones del Servicio Penitenciario que afectan la modalidad de la ejecución de una pena están sometidas al control del juez de ejecución y de la Cámara Nacional de Casación Penal -y eventualmente, de la propia Corte-. El fundamento es que los reclusos tienen el derecho constitucional a exigir que los jueces controlen toda la etapa de ejecución de la pena y, a apelar las decisiones que implican una alteración en su modo de ejecución. Este derecho a la protección judicial es necesario para asegurar que se respeten durante la detención todos los demás derechos fundamentales.

De este modo, la Corte resolvió que el derecho a la revisión judicial no comprende solamente la condena sino también todas aquellas resoluciones que sean importantes, aún durante el transcurso de la misma. Desechando la distinción que pretendió establecer la Sala de la Cámara de Casación diferenciando los planteos que hacen al “título ejecutivo de la condena” y los atinentes a la “forma de cumplimiento de la condena”, dejando a estos últimos fuera del recurso de casación; lo cual desnaturaliza la evidente intención de la ley 24.660 de “judicializar” la ejecución de las penas privativas de libertad, al someterla, en todas sus modalidades, al permanente control judicial (artículo 3, ley citada).

La Corte considera que una alteración en el modo ejecución de la pena -como es el cumplimiento de parte de la condena en una celda de aislamiento- constituye una modificación cuantitativa y cualitativa de la pena que se le impuso al condenado que justifica la revisión judicial para controlar su legalidad y proporcionalidad³.

De esta manera, busca evitarse que la pena impuesta al condenado en un proceso rodeado de todas las garantías, pueda ser alterada por decisión de las autoridades del Servicio Penitenciario⁴. La Corte sostiene que esto es inadmisibles porque el derecho de defensa en juicio -de la que se deriva el derecho a la revisión judicial- asiste al condenado hasta que se agote su pena.

³ “El aislamiento ininterrumpido durante 15 días [...] se trata del castigo de mayor gravedad del sistema sancionador penitenciario e implica -a diferencia de otros- no sólo un claro empeoramiento en las condiciones de ejecución de la condena, afectando todo el sistema de derechos del interno (alteración cualitativa de la pena), sino que repercute necesariamente en el régimen de progresividad penitenciario (alteración cuantitativa de la pena). Ello así, en cuanto su aplicación incide en las calificaciones de conducta y de concepto del interno, lo que a su vez y según el caso, influye en la incorporación al régimen de semilibertad, la concesión de las salidas transitorias, en el otorgamiento de la libertad condicional y en el régimen de libertad asistida [...] De lo expuesto cabe concluir que el carácter especial de la sanción de aislamiento como privación de la libertad dentro de una situación de privación de la libertad preexistente implica una modificación en las condiciones de detención de tal entidad que requiere sin lugar a dudas que su aplicación se enmarque en un proceso celosamente respetuoso de los principios del derecho penal con jerarquía constitucional” (cf. considerando 8° del voto de Fayt).

⁴ “Es posible sostener, incluso, que el objeto mismo de las decisiones de los jueces de ejecución hace que éstos tengan carácter administrativo (cf. Luigi, Ferrajoli, ‘Derecho y razón. Teoría del galantismo pena’, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 408). Pero el carácter ‘administrativo’ no significa -como parece entenderlo la cámara-, ni mucho menos, que se trate de una categoría ‘menor’, que no merece ser casada”. El hecho de que muchas de las disposiciones de la ley 24.660 puedan ser calificadas de “administrativas” no constituye, sin más, un argumento para excluirlas del ámbito de control del recurso casatorio, en la medida en que se encuentran afectados los derechos de los condenados amparados no sólo por la ley 24.660 -que complementa las disposiciones del Código Penal- sino también por la Constitución Nacional [...] a través de la creación de categorías vacías, el *a quo* ha prescindido de las normas legales aplicables al caso y ha producido un cercenamiento indebido del derecho de la recurrente a producir la revisión de la decisión que la perjudicaba, lo cual descalifica el fallo de la cámara como acto jurisdiccional válido conforme la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias” (cf. considerandos 9° y 11° del voto de Petracchi).

III. Análisis

El caso, tal cual llega a la Corte Suprema, en definitiva no hace más que develar esa matriz punitivista victimizante de quien resultó ser victimario, y lo hace valiéndose de un mecanismo histórico de cosificación del/a “otro/a”.

Este no es ni más ni menos que el mecanismo que crea “buenos/as” y “malos/as”⁵, cuando creando ángeles y demonios sólo se terminó por destruir a las personas, reduciendo su esencia a un mecanismo perverso de determinación de las mismas. Siendo que de este modo, lo que debiera ser una decisión humana, termina siendo un mero control administrativo -tal cual el estado de policía moderado-⁶.

La administrativización de decisiones que debieran ser judicializadas fundamentadas y razonadas-, no es ni más ni menos que la cosificación de las personas sobre las que recae, siendo la discrecionalidad que habilitó la justicia mendocina en el caso de análisis, desde los fallos del Juez de Ejecución Penal de Mendoza y de los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, una forma de ejercicio de poder punitivo sobre el ya ejercido a los prisionizados, en su condición de tales.

El fallo en análisis viene a intentar romper con esto, a dar validez a la ley 24.660, la cual busca promover las decisiones

⁵ Jean-Paul Sartre nos dice en “*Reflexiones sobre la cuestión judía*” que nosotros hemos creado esa especie de hombres que no tiene sentido sino como producto artificial de una sociedad capitalista (o feudal), que no tiene otra razón de ser que servir de chivo expiatorio a una colectividad aún prelógica (Ed. Debolsillo, Buenos Aires 2004, p. 127). Esta idea de cosificación de las personas se ve reutilizada y adaptada a nuestra actualidad por Eugenio Raúl Zaffaroni quien en “*El enemigo en el derecho penal*” marca que la esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino (Ed. Ediar, Buenos Aires 2007, p. 18). La concepción cosificadora de las personas aún nos trasciende, y logra una atemporalidad que sólo nos compromete como sociedad.

⁶ Así lo determinan las resoluciones del Juez de Ejecución Penal de Mendoza y de la Sala II de la Cámara de Casación Penal que intervienen en el caso de autos (v. considerandos 2° y 4° del Fallo de la C.S.J.N., en donde se hace mención a las instancias previas del caso y como se redujo a decisión administrativa lo que en realidad debió ser judicializado en busca de una decisión humana).

fundamentadas y razonadas respecto de las diferentes circunstancias que repercuten en la esfera de la persona que se encuentra privada de su libertad.

Es en prócura de esto que la CSJN determina un camino que exige la “judicialización” de la ejecución de la pena privativa de libertad, reafirmando las finalidades de la ley de ejecución penal (ley 24.660), y en la búsqueda de “humanizar” decisiones que desde la sesgada visión punitivista no debieran ser más que meramente administrativas y libradas a la discrecionalidad del Servicio Penitenciario como *soberano*⁷ en la ejecución de las penas privativas de libertad, en una especie de autoridad concentracionaria de toda la pulsión punitiva contenida en la sociedad.

IV. Conclusión

El castigo se trasluce como un aparato que busca hacer frente a lxs “delincuentes”, una entidad administrativa circunscrita, discreta y legal; siendo también la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un *ethos* cultural y ayuda a crear una identidad social. En tanto elemento de la organización social, aspecto de las relaciones sociales e ingrediente de la psicología individual, la penalidad es un hilo conductor que recorre todas las capas de la estructura social, vinculando lo general con lo particular; el centro con los límites. Lo que superficialmente es un medio para manejar a los trasgresores de manera que los demás podamos vivir “tranquilos” es en realidad una institución social que ayuda a definir la naturaleza de nuestra sociedad, el tipo de relaciones que la componen y la clase de vida posible y deseable.⁸

⁷ Cf. Thomas Hobbes, “*Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Séptima Reimpresión, Buenos Aires 2009, Capítulo 18, “De los Derechos de los Soberanos por Institución”.

⁸ Cf. David Garland, “*Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social.*”, Editorial Siglo XXI, traducción de Berta Ruiz de la Concha, segunda reimpresión, 2010, página 333.

Así, el actuar en el caso de análisis de los diferentes agentes “punitivos” es una sobrada demostración de cómo, más allá de lo resuelto por la Corte Suprema, aflora en nuestros agentes punitivos el resurgimiento de las sanciones punitivas de la <justicia expresiva>, con esto se quiere decir que el castigo transmite el sentimiento del público, y se ha formado un nuevo consenso rígido en torno de medidas penales que se perciben como duras y agradables por parte del público, con clichés del estilo de: <la verdad en la condena>, <prisiones sin lujos>, <condenas adultas para delitos adultos>, <tolerancia cero>, <duro con el delito, duro con las causas del delito>⁹, que con el reduccionismo irreductible de los clichés no hacen más que desmembrar un tejido social por demás frágil, poniendo en jaque continuamente la dignidad de las personas en su conjunto.

Referencias

1. Foucault, Michel (1992). *Microfísica del poder*. Madrid, Ed. de La Piqueta.
2. Foucault, Michel (2008). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Argentina, Ed. Siglo XXI.
3. Garland, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Editorial Gedisa.
4. Garland, David (2010). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Editorial Siglo XXI.
5. Hobbes, Thomas (2009). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ed. Fondo de Cultura Económica.
6. Sastre, Jean-Paul (2004). *Reflexiones sobre la cuestión judía*. Ed. Debolsillo.

⁹ Cf. David Garland, “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, Editorial Gedisa, traducción de Máximo Sozzo, primera edición, Barcelona, abril de 2005, Capítulo I. “Una historia del presente”. Corrientes de cambio.

Jurisprudencia Bonaerense

*Fernando Aмосa*¹ | Universidad Católica de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 468-489

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e314>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

1. TRIBUNALES INFERIORES

Tribunal: Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata

Fallo: Asociación para la Protección del Medio Ambiente c. Aguas Bonaerenses S.A. s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios - 12/06/2019

Voces: Aguas servidas, Derecho Ambiental, Daño Ambiental, residuos cloacales.

Sumarios:

- El presidente de una asociación promovió una demanda contra una empresa operadora de agua y saneamiento con el objeto que se ordene la recomposición, reparación y el cese del daño ambiental y/o contaminación de una laguna, en donde la empresa demandada, supuestamente, vertía efluentes. El juez hizo lugar al planteo.

- a empresa operadora de aguas y saneamiento es responsable por la contaminación de una laguna, pues, aun cuando el daño sea de vieja data, quedó acreditado fehacientemente que uno de los factores principales en la contaminación del agua se debe a los efluentes cloacales que ésta recibe por parte de la planta de tratamiento perteneciente a dicha sociedad.

¹ Abogado (UCALP), docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires. E-mail: Fernando.amosa@gmail.com

- El Estado Provincial es responsable por la contaminación de una laguna, ya que, si bien la empresa concesionaria fue quien vertió efluentes cloacales en las aguas, lo cierto es que aquel omitió el control, vigilancia y/o monitoreo de las actividades del sujeto dañoso.

Extractos del decisorio:

- *“Que a fs. 189/203 se presenta el Sr. Osvaldo Tondino, presidente de la Asociación para la Protección Medioambiental y Educación Ecológica “18 de Octubre”, con el patrocinio letrado de los Dres. A. J. F. y G. P. V., promoviendo acción en los términos de la Ley 11.723 contra Aguas Bonaerenses SA (ABSA) con el objeto que se ordene la recomposición, reparación y el cese del daño ambiental y/o contaminación de la laguna “Las Perdices”.*

- *Relata que la laguna “Las Perdices” está ubicada en San Miguel del Monte, Provincia de Buenos Aires; y que la misma se encuentra contaminada como consecuencia del vertido de efluentes por parte de ABSA.”*

- *“...Del trabajo de investigación llevado a cabo por el Dr. Nauris Dangavs, aportado como prueba documental por la parte actora, surge que la laguna “Las Perdices” padece una severa contaminación físico-química y bacteriológica, incompatible con la vida acuática y el uso recreativo. Que dicha contaminación proviene del deficiente funcionamiento de la planta de tratamiento de efluentes cloacales que descarta los efluentes crudos a la laguna, convirtiéndose la misma, en una cloaca a cielo abierto...”*

- *el cuerpo de agua de la laguna “Las Perdices” está fuertemente contaminado física, química y bacteriológicamente (...) Que los índices de contaminación superan holgadamente las normas vigentes.*

- *“Así las cosas, en virtud de la prueba reunida en autos, estamos en condiciones de afirmar que la contaminación denunciada por la parte actora es real y afecta gravemente la laguna “Las Perdices”...”*

- *“Así, el derecho al ambiente sano posee un expreso reconocimiento constitucional que se caracteriza por constituir un derecho personalísimo, esencial y humano...”*

- *“Que, en materia de responsabilidad ambiental, se aplica la responsabilidad objetiva, en la cual, la simple existencia del daño reputa la responsabilidad en el agente de haber sido el causante del mismo, y por consiguiente la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta. En este tipo de responsabilidad no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño...”*

- *“...Surge sin hesitación la responsabilidad que le cabe a la demanda ABSA SA, en tanto ha quedado fehacientemente acreditado que uno de los factores principales en la contaminación de la laguna “Las Perdices” se debe a los efluentes cloacales que ésta recibe por parte de la planta de tratamiento perteneciente a dicha sociedad...”*

- *“Por otra parte, y en relación al principal argumento de ABSA SA, es conveniente dejar desde ya establecido que el simple hecho de contaminar un ambiente (terrestre, acuático o aéreo) es una conducta claramente ilícita, contraria al ordenamiento jurídico ambiental, que en nada se modifica por constatar la existencia de un medio previamente contaminado por otros actores, puesto que el actual interés público está determinado en el inmediato cese de la fuente de contaminación y en la realización de las tareas tendientes a su recomposición, con miras a la obtención de un ambiente sano y equilibrado (...) Ahora bien, una vez generado el daño, como sucede en el caso de autos, resulta un deber ineludible para quien lo produjo, el hecho de repararlo”.*

- *“Corresponde hacer lugar a la demanda respecto de ABSA SA”.*

- *“...resulta lógico que por el daño causado al ambiente responda tanto el contaminador directo (en el caso de autos ABSA SA), por haber asumido el riesgo de su actividad, como*

así también el Estado por haber omitido el control, vigilancia y/o monitoreo de las actividades del sujeto dañoso...”

- *“Haciendo lugar a la acción sumarísima promovida por la Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre, ordenando a ABSA SA, presentar en autos —en un plazo de sesenta (60) días y conjuntamente con el organismo provincial que resulte competente— un plan de saneamiento de la laguna “Las Perdices” ubicada en la localidad de San Miguel del Monte. Dicho plan, deberá contener las tareas necesarias a llevar a cabo en la planta depuradora de la demandada para lograr el inmediato cese en la contaminación de la laguna en cuestión, como así también las tareas indispensables a llevar a cabo para la recomposición del medio ambiente afectado. El mentado plan deberá incluir además, el plazo necesario para su ejecución como así también el presupuesto para los gastos necesarios para alcanzar dicho cometido (art. 28 de la Ley 25.675)”.*

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I.

Fallo: F. E. L. c. D. O. G. s/ liquidación de sociedad conyugal - 02/05/2019

Voces: Bien ganancial, Disolución de la Sociedad Conyugal, Liquidación de la Sociedad conyugal, renta de bien ganancial.

Sumarios:

- Iniciado un proceso de liquidación conyugal, la *actora se agravió del rechazo de algunas compensaciones y resarcimientos solicitados con fundamento en la utilización de varios bienes gananciales por parte del accionado*. La Cámara acogió la pretensión indemnizatoria con respecto a algunos bienes.

- El producido de la venta de un automotor posterior a la separación de hecho de las *partes no puede incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal, ya que si bien el comprador no pudo declarar debido a su fallecimiento que le abonó el 50% del precio a la actora, no es creíble que esta hubiera firmado el “08” sin que se le pagara su parte del precio de venta*.

- La compensación económica por el uso del automotor por parte del ex cónyuge debe admitirse, porque cuando se solicitó, los hijos del matrimonio eran mayores, con lo que el argumento de la utilización de esos bienes para trasladar los hijos al colegio no puede ser atendido.

Extractos del decisorio:

- *“La sentencia de fs. 413/16 es apelada por la actora, quien expresa agravios a fs. 429/32, los que son contestados a fs. 434/35...”*

- *“...El pronunciamiento hace lugar a la demanda de liquidación de la sociedad conyugal, al tiempo que rechaza reclamos indemnizatorios formulados en la misma y en la reconvencción...”*

- *“Se agravia la actora: 1) del rechazo del pedido de incluir en la liquidación el producido de la venta del automóvil Peugeot 504; 2) de la desestimación de la pretensión de compensación por el uso por parte del demandado del automóvil Ford Mondeo; 3) del rechazo del pedido de resarcimiento por la ocupación del inmueble (...) por parte del accionado; 4) de la imposición de las costas por su orden.”*

- *“El comprador no pudo declarar debido a su fallecimiento y es cierto que la viuda fue muy lacónica al respecto (fs. 381), pero no puede pasarse por alto de que es imposible que se concrete la venta de un automotor sin la firma de ese instrumento que debe presentarse en el Registro de la Propiedad Automotor (dec. ley 6582/1958, ratif. por ley 14.467). Siendo que las partes estaban separadas de hecho en una situación de enfrentamiento sin poder solucionar las disputas que las dividían, las reglas de la experiencia y el sentido común me llevan a la convicción de que no es creíble que la actora hubiera firmado el “08” sin que se le pagara su parte del precio de venta”.*

- *“...el art. 484 establece que cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro; si no hay acuerdo, el*

ejercicio de este derecho es regulado por el juez, y el uso y goce excluyente sobre la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, sólo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente y en beneficio del oponente...”

- *“...Siendo que para esta fecha, los tres hijos del matrimonio ya eran mayores de edad (conf. fechas de nacimiento denunciadas a fs. 31 vta. del juicio de divorcio, no controvertidas), el argumento de la utilización de esos bienes para trasladar los hijos al colegio o para vivir con ellos no puede ser atendido...”*

- *“Confirmar la sentencia apelada, con excepción de que se revoca el rechazo de los reclamos indemnizatorios en el sentido de que se condena al demandado a abonar a la actora la suma de \$170.000, con más intereses a la tasa más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por las operaciones de depósito a treinta días (tasa pasiva) desde el 01/11/2015 hasta el efectivo pago. 2. Confirmar la imposición de costas de primera instancia, con la salvedad de que las costas por la pretensión indemnizatoria en la medida que prospera se imponen al demandado. 3. Imponer las costas de segunda instancia en un 70 por ciento al demandado y en un 30 por ciento a la actora de acuerdo a lo establecido en el considerando IV de la primera cuestión.”*

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en pleno

Fallo: Pomilio, Nicolas Alejandro c. Goffman, Maximiliano Ignacio y otro/a s/ Daños y perj. Autom. c/ Les. o Muerte (Exc. Estado) - 13/06/2019

Voces: Abogado, Apoderado, Instrumento privado, Representación procesal, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Ares.

Sumarios.

- ¿Es suficiente para actuar en juicio el poder general o especial otorgado a un abogado mediante instrumento privado?

- Resulta insuficiente para actuar en juicio el poder general o especial otorgado a un abogado mediante instrumento privado.

Extracto del decisorio:

- *¿Es suficiente para actuar en juicio el poder general o especial otorgado a un abogado mediante instrumento privado?*
- *“... el Proyecto realizado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires” creada por Res. 2017-399-E-GDEBA-MJGP (y cuyos miembros fueron designados por Res. 2017-690-E-GDEBA-MJGP) que en el art. 48 prescribe: “Justificación de la personería. La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio deberá acompañar con su primer escrito los instrumentos originales que acrediten el carácter que inviste. En su defecto, podrá adjuntar copias certificadas por escribano, funcionario judicial o autoridad pública competente o ante el funcionario que al efecto designe el Colegio de Abogados de cada Departamento Judicial...”. Mientras que el art. 49 establece: “Presentación de poderes. En los casos de representación voluntaria, deberá acreditarse la existencia del poder para actuar en juicio mediante **escritura pública o instrumento privado**. En este último supuesto, si la firma del poderdante no se encuentra certificada por escribano o escribana, funcionario o funcionaria judicial o la persona designada al efecto por cada Colegio de Abogados Departamental, el tribunal deberá citar a la parte personalmente a reconocer esa firma bajo apercibimiento de no dar trámite a la presentación respectiva si no compareciera. Dicha citación se efectuará con anterioridad a tener por parte a quien se indica como apoderado y se notificará en el domicilio electrónico constituido por este último. Si se invocare un mandato falso o inexistente, a resultas de lo cual se causare una nulidad, quien lo haya invocado pagará las costas causadas. Ello se notificará al Colegio de Abogados Departamental. Con independencia de la causación de una nulidad, cuando se*

verifiquen la presentación o invocación de mandatos falsos o inexistentes, se deberán remitir testimonios al fiscal competente, a sus efectos. No será necesario el carácter de apoderado para la realización de actos de mero trámite...”

- *“Es por ello que la regulación sobre la forma de acreditación de tal manifestación unilateral, ha sido especialmente referida de modo diferenciado por el legislador del código de fondo, estableciéndose expresamente que es diversa según el objeto u acto para el cual se confieren las facultades de representación (art. 363 del Cód. Civ. y Comercial).*

- *Por tales razones no comparto, la posición que asume que los requisitos establecidos respecto a la forma del poder importen por propiedad transitiva la regulación del contrato de mandato antecedente, y por ello la afectación/intervención del legislador provincial por sobre materia reservada al legislador nacional —forma/validez de los contratos— (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).”*

- *“En consonancia con ello, las formas del poder son fijadas en distintas normas, como ilustra el fallo de la Sala I (causa 117416, 07/03/2019) de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, en tanto existen reglamentaciones específicas vigentes sobre la forma del apoderamiento para realizar diversos actos que no surge hayan sido afectadas a partir de la vigencia del nuevo Código de fondo —1 de Agosto de 2015— (como las que impone el Registro de Propiedad Automotor para actuar en nombre de un tercero, o la Anses y el IPSBA para tramitar jubilaciones o pensiones de un tercero, o las propias del Procedimiento Laboral Nacional y Provincial para que el letrado pueda representar al trabajador).”*

- *“En autos se trata del poder para actuar en un proceso reglado por las normas del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Y sabido es que las normas procesales tienen por objeto establecer requisitos y condiciones para el cabal desarrollo del proceso; son solemnes en tanto los actos que regulan deben llenar ciertas formalidades o requisitos para que sean*

válidos proveyendo al trámite certeza, legalidad y seguridad jurídica. Respecto al punto en análisis se ha establecido que es propio del contenido del derecho procesal fijar el régimen jurídico de las partes y de sus representantes asistentes (conf. Areal Leonardo Jorge y Fenochietto Carlos Eduardo, citado por Alex Ricardo Zambrano Torres en Derecho Procesal Exp. Jurídica y Filosofía del Derecho, alexzambrano.webnode.es, art. 18 CN)."

- *"Es por ello que a mi entender resulta evidente que la cuestión sobre la forma del poder para actuar en juicio en el fuero Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires resulta un área de incumbencia del legislador provincial, conforme la normativa vigente (art. 121 CN, 47 Cód. Proc. Civ. y Comercial). En este sentido se manifiesta el anteproyecto de ley procesal civil y comercial citado en los votos de mis colegas preopinantes, en tanto se expide específica, clara y directamente sobre la forma del poder respectivo. Es así que en este aspecto no encuentro fundamento contrario a la vigencia actual e imperativa de la disposición del artículo 47 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. En cuanto a la forma específica del caso, escritura pública, entiendo surge prevista por la normativa de fondo, en tanto establece la posibilidad de fijarla por ley, sin circunscribirla a la ley nacional (art. 1017 Cód. Civ. y Comercial inc. d). A ello cabe agregar que —en función de los mismos argumentos (arts. 363 y 1017 del Cód. Civ. y Comercial)— no puede concederse que la decisión del legislador del código de fondo —de eliminar una directiva obligatoria a nivel nacional sobre un requisito de forma de un instrumento determinado (escritura pública en supuestos de poder para actuar en juicio)—, implique imponer una condición obligatoria en otro sentido (que la forma de prueba en juicio de ese instrumento no pueda ser dispuesta por disposición de la ley Provincial) en materia en principio no delegada —formas para la prueba de actos en procesos judiciales—. Ello no surge del contenido del Cód. Civ. y Comercial, por el contrario, dada la materia en análisis, nada se opone a su vigencia (arts. 121 cc y ss CN, 126 a contrario sensu CN, art. 1 Const. Pcial.). En consecuencia, por las razones expuestas, los*

fundamentos —a los que adhiero— dados por las Dras. Mauri y Nuevo relativos a que en función de la materia (forma del instrumento “poder” para actuar —representar— en juicio en un proceso civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires) resulta aplicable al caso la norma vigente del art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Comercial que no contraviene ni altera la normativa de fondo en lo que aquí interesa— (arts. 363 y 1017 del Cód. Civ. y Comercial); voto por la negativa (art. 121 CN y art. 1 C. Pcial.).”

- *“La doctora Sánchez dijo: Por los fundamentos expuestos por la doctora Nuevo, a los que adhiero, doy mi voto por la Negativa (...) Con lo que terminó el Acuerdo Plenario, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el Acuerdo Plenario que antecede, por mayoría, se establece que resulta insuficiente para actuar en juicio el poder general o especial otorgado a un abogado mediante instrumento privado.”*

Tribunal: Cámara 2° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala i

Fallo: M. M. D. c. A. R. R. s/ alimentos - 23/05/2019

Voces: Alimentos, Alimentos entre cónyuges, Beneficiario de obra social, Carga de la prueba, Credito en especie.

Sumario:

- Una mujer inició acción por alimentos contra su ex conyuge alegando que padecía una enfermedad que le hacía imposible procurárselos por su cuenta. El juez hizo lugar a la demanda. La Cámara la revocó parcialmente otorgándole solo la cobertura de obra social.

- La cuota alimentaria en favor de la ex cónyuge fijada en un 15% del total de los ingresos percibidos por el demandado con más la cobertura de obra social debe ser revocada parcialmente y, en su lugar, mantenerla solo en especie y por el plazo que duró el matrimonio –5 años y 5 meses–pues la actora acreditó que su ingreso no es suficiente para atender las prestaciones de salud atinentes a sus dolencias –en el caso,

hipotiroidismo, esclerodermia y osteoporosis– y que sus circunstancias concretas de edad y estado de salud le impiden procurarse recursos para sostenerse y al demandado no le genera perjuicio económico alguno tener a cargo en la obra social a la actora puesto que el descuento que se le aplica es el mismo.

Extracto del decisorio:

- *“...De lo expuesto por la actora considero acreditado que actualmente padece la esclodermia localizada, que no puede ser considerada enfermedad “grave”, en los términos del inc. a del art. 434 Cód. Civ. y Comercial...”*

- *“...Si bien en el Cód. Civ. y Comercial existe obligación de prestar alimentos al ex cónyuge en los supuestos del 434, estos deben interpretarse restrictivamente atento lo normado en el art. 432 Cód. Civ. y Comercial: “con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este código o por convención de las partes”. Lo contrario implicaría que toda persona con problemas de salud naturales en la vejez demande por alimentos al ex cónyuge...”*

- *“...Considero acreditado que el ingreso de la Sra. M. no es suficiente para atender las prestaciones de salud atinentes a sus dolencias, y que sus circunstancias concretas (edad y estado de salud) le impiden procurarse recursos para sostenerse. Asimismo al Sr. A. no le genera perjuicio económico alguno tener a cargo en la obra social a la ex-mujer, puesto que el descuento por IOMA es el mismo, sea para él solo o junto con ella. por ello propongo que se le conceda en carácter de cuota alimentaria en especie las prestaciones de salud que cubre IOMA y el coseguro de Servicio Social del Servicio Penitenciario Bonaerense, por el plazo que duró el matrimonio, 14/09/2007 a 16/02/2018, esto es 5 años y 5 meses (arg. 434 inc. b Cód. Civ. y Comercial)”*

2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES²

Fallo: P. , V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos - 08/05/2019

Voces: Ley 14.783, travestis, transexuales y transgenero, Empleo Público, Medidas Cautelares, Peligro de Demora, Ley 26.743, identidad de género.

Sumarios:

- La medida cautelar por la que se ordenó a una Municipalidad reinstalar a una persona trans como personal temporario mensualizado —en cumplimiento del cupo laboral fijado por la ley de la Provincia de Buenos Aires 14.783— fue mal revocada por la Cámara, ya que la verosimilitud en el derecho se observa en que el municipio no invocó ni acreditó el cumplimiento de las obligaciones que le impone la norma, ni dio cuenta de haber dictado la reglamentación que, en su ámbito autonómico, permita la adecuada articulación de los derechos reconocidos en la ley local, máxime teniendo en cuenta el peligro en la demora que significaría para la actora no percibir su salario..

- La medida cautelar por la que se ordenó a una Municipalidad reinstalar a una persona trans como personal temporario mensualizado —en cumplimiento del cupo laboral fijado por la ley de la Provincia de Buenos Aires 14.783— fue mal revocada por la Cámara, ya que el juzgador omitió evaluar el pedimento cautelar a la luz de la delicada situación de la accionante, de sus sucesivas designaciones como personal temporario y la naturaleza alimentaria del salario y desplazó, de ese modo, las normas denunciadas en el escrito en análisis (Dr. Negri).

- La verosimilitud en el derecho para la procedencia de la medida cautelar por la cual se ordenó a una Municipalidad reinstalar a una persona trans como personal temporario

² En esta entrega se agrega la Resolución 920/19 que con un novedoso criterio integra la falta de un requisito para asumir como miembro del Alto Tribunal Bonaerense.

mensualizado —en cumplimiento del cupo laboral fijado por la ley de la Provincia de Buenos Aires 14.783— se encuentra acreditada teniendo en cuenta que durante la relación la actora censuró expresiones públicas del Intendente y lo denunció ante el INaDi, su contrato fue rescindido antes de tiempo y ha requerido y fundamentado su reclamo en la ley provincial que asegura un cupo para las personas transexuales (Dr. de Lázari).

Extracto del decisorio:

- *“La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Municipio de La Plata y revocó la decisión de primera instancia que había ordenado al demandado, a título cautelar, reinstalar a la actora como personal temporario mensualizado a partir de la notificación de ese pronunciamiento y hasta el dictado de la sentencia definitiva, dejando sin efecto la apuntada medida precautoria (v. fs. 186/190 vta.)”*

- *“Disconforme, la actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 198/212 vta.), que fue denegado por el a quo con fundamento en que la decisión impugnada no era definitiva ni equiparable a tal”*

- *“...La denegatoria motivó la interposición de la queja...”*

- *“...En su recurso de inaplicabilidad de ley (v. fs. 198/212 vta.), la parte actora destaca que, con anterioridad a la revocatoria de la medida cautelar, se presentó en el expediente denunciando como hecho nuevo el diagnóstico de ser portadora de Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV)...”*

- *“...Si bien el esclarecimiento de la legitimidad de los actos administrativos enjuiciados es una tarea propia de la sentencia definitiva, advierto que se encuentran configurados en la especie los requisitos exigidos en esta etapa procesal para el despacho favorable de la medida cautelar peticionada.”*

- *Tales premisas han sido soslayadas por el a quo quien omitió evaluar el pedimento cautelar a la luz de la delicada*

situación de la accionante, de sus sucesivas designaciones como personal temporario en la Municipalidad de La Plata y la naturaleza alimentaria del salario y desplazó, de ese modo, las normas denunciadas en el escrito en análisis.

- *No merece menos atención la consideración de algunas otras cuestiones que influyen en la decisión desde la esfera de lo procesal, pero que remontan su razón de ser a la naturaleza misma de los actos de discriminación, al enmascaramiento con que son llevados a cabo y la dificultad de producir a su respecto una prueba directa.*

- *“Los conflictos por discriminación afectan a las personas vulnerables. Son aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven disminuidos en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Exhiben objetivamente características de desventaja, por distintas razones: edad, sexo, orientación sexual, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, condición económica, posición social, política, ideológica e institucional. Son vulnerables todos aquellos que ven menguados sus derechos humanos, tomando como punto de comparación la capacidad de que gozan al respecto otras personas que no presentan tales dificultades. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad consideran en esa condición a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Aluden así a menores y ancianos, personas afectadas de alguna discapacidad grave, migrantes y desplazados internos, pobreza, mujeres afectadas por violencia y discriminación, minorías nacional o étnica, religiosa y lingüística, personas privadas de su libertad”.*

- *“El derecho pregona que todos los hombres son libres e iguales, pero es necesario darse cuenta que existen diferencias efectivas y que no puede mantenerse la libertad y la igualdad en un plano simplemente formal. Entonces, hay que equilibrar las desigualdades atendiendo al plexo de valores contenidos en las normas fundamentales. Hay que escuchar el lamento de los desheredados, de los victimados, de los desprotegidos, de los pobres, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los discapacitados, de los vulnerables en fin, prestando atención no solo a lo teórico del derecho sino también al sentido de la justicia. Y entonces, si los protagonistas de los conflictos en que está en juego una situación de discriminación son los vulnerables, es necesario equilibrar la desventaja que ab initio los caracteriza. Esta es la muy sencilla explicación del mecanismo de aligeramiento probatorio que estamos considerando.”*

- *“...durante el desenvolvimiento de la relación la actora censuró expresiones públicas del Intendente y lo denunció ante el INaDi. Su contrato fue rescindido antes de tiempo. Ha requerido y fundamentado su reclamo en la ley provincial que asegura un cupo para las personas transexuales. Todas estas circunstancias constituyen elementos de juicio que razonablemente autorizan a inducir que han sido la causa del anticipado distracto.*

- *“...en el principio N° 13 de Yogyakarta (2014) se reconoce ese condicionamiento junto a la necesidad de protección contra el desempleo. En definitiva, en el recordado principio se concluye también en que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar la inclusión laboral para este colectivo...”*

- *“...la ley 14.783 toma en cuenta las dificultades que transitan las personas trans para alcanzar el ingreso al mercado laboral y a esos fines, como política para garantizar la inclusión, dispuso la efectivización de la medida de acción positiva del establecimiento de un cupo (arts. 1 y 2); a su vez se incluye como parte de la no discriminación por motivos de su identidad de género al derecho a la protección contra el desempleo (art. 6*

de la referida ley). Aún más, en los fundamentos se señala que “...la comunidad travesti, transexual y transgenero de Argentina se encuentra entre una de las poblaciones más vulneradas históricamente del país. La realidad de este colectivo está atravesada por un contexto de persecución, exclusión y marginación, teniendo grandes dificultades para el acceso a la igualdad de oportunidades y de trato. La mayoría de ellos vive en extrema pobreza, privados de los derechos económicos, políticos, sociales y culturales. Siendo expulsados desde niños de sus hogares y del ámbito escolar, quedando como única alternativa de subsistencia el ejercicio de la prostitución”.

- *“A ello agrego, como evidencia de lo que se está señalando, los resultados obtenidos en la Primera Encuesta sobre Población Trans realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INaDi), los que han permitido mostrar una situación laboral de elevada precariedad, relevándose un 80% de informalidad laboral en el marco de actividades vinculadas a la prostitución y otras actividades de frágil estabilidad y de trabajo no formal, consignándose —además— que siete de cada diez personas trans buscan otra fuente de ingreso y ocho de cada diez declaran que su identidad les dificulta esa búsqueda (Primera Encuesta sobre población trans 2012: Travestis, transexuales, transgéneros y hombres trans; Informe técnico de la prueba piloto Municipio de La Matanza, 2012, p. 12 y ss.)”*

- *Adbiero al voto del doctor Negri, a excepción de lo manifestado en el segundo párrafo del punto IV.*

- *“...en el marco del examen de la verosimilitud del derecho, en la especie el requisito se ve apuntalado en que la Municipalidad demandada no invoca ni acredita en su informe de fs. 47/53 el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los arts. 1 y 2 de la ley 14.783. Tampoco da cuenta de que haya dictado la reglamentación que, en su ámbito autonómico, permita la adecuada articulación de los derechos reconocidos en la ley provincial...”*

- *“...De tal modo, y teniendo fundamentalmente en cuenta el peligro en la demora que evidencian las circunstancias fácticas del presente (v. fs. 191/192), con el criterio de prudente balance que ha fijado esta Suprema Corte (doctr. causa B. 65.043, “Trade”, resol. de 04/08/2004; e.o.), doy también mi voto por la afirmativa...”*

- *El doctor Pettigiani, por los mismos fundamentos del doctor Soria, votó también por la afirmativa.*

- *Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca, en consecuencia, el pronunciamiento impugnado (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese y notifíquese. – Eduardo N. De Lázzari. –Hector Negri. –Daniel F. Soria. –Eduardo J. Pettigiani.*

Resolución 920/2019 - 13/05/2019

Voces: Sergio Torres, Desestimación de Falsedad Ideológica, Juramento, habitabilidad, interacción y movilidad de las personas en función de los avances tecnológicos y en las comunicaciones.

Sumarios:

- *La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recibe el juramento del abogado para ocupar el cargo de Juez del Tribunal en atención al juicio de idoneidad realizado por el Poder Ejecutivo y el Senado, a la desestimación de la denuncia por falsedad ideológica en su contra, y a que el requisito de residencia en el estado *local*, que no cumple, puede integrarse con una mirada contemporánea que atienda al fenómeno de la habitabilidad, interacción y movilidad de las personas en función de los avances tecnológicos y en las comunicaciones.*

- *Si quien fue designado como juez de la Suprema Corte de Buenos Aires, pese a tener domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, sostuvo que su residencia estaba en la provincia, con la declaración de dos testigos que no residen allí, no puede plantear*

ahora una interpretación amplia sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales exigidos, por lo que corresponde postergar su juramento, pues en el caso está en juego la supremacía de la Constitución, el funcionamiento del tribunal, la legalidad de sus actos (del voto en disidencia del Dr. de Lázari).

- El juramento del juez designado para la Suprema Corte de Buenos Aires debe ser postergado, hasta tanto se esclarezcan los interrogantes existentes sobre el cumplimiento del requisito constitucional de residencia en ese Estado local, ya que este es una condición para el cargo (del voto en disidencia del Dr. Pettigiani).

Extractos de la resolución:

- *“...el escrutinio que concierne a la Corte a los fines de practicar el acto de recepción del juramento, ajeno a la esfera de las atribuciones enunciadas en el artículo 161, incisos 1° a 3°, de la Constitución, cabe entender que, dado que no se configuran los extremos de excepción que han llevado a este cuerpo a observar la toma de posesión del cargo de algún magistrado...”*

- *“...la valoración del artículo 181 del ordenamiento constitucional, cuyo texto proviene de la Constitución de 1934, puede integrarse con una mirada contemporánea que atienda al fenómeno de la habitabilidad, la interacción y la movilidad de las personas, particularmente en el área metropolitana de Buenos Aires, en función de los avances tecnológicos y en las comunicaciones habidos. Una inteligencia de esa índole pareciera haber guiado el alcance otorgado por los órganos decisores a semejante exigencia...”*

- *“...hay una previsión particular contenida en la misma Constitución, el art. 181, según el cual para ingresar al Poder Judicial se requiere cumplimentar un recaudo de residencia. He aquí un punto crucial: determinada circunstancia ha sido erigida constitucionalmente como condición sine qua non para acceder a este Poder. Inmediatamente, el art. 164 de la propia carta magna dispone que la Suprema Corte hará su reglamento, es decir, le otorga amplias potestades para regular*

lo concerniente al funcionamiento de la administración de justicia, entre lo que naturalmente se hallan incluidas las condiciones de ingreso. ¿Puede pensarse que la verificación de ese requisito se encuentre al margen del contralor de la Suprema Corte y quede reservado exclusivamente a los otros poderes?...”

- *“...es propio de la competencia del Poder Judicial. En concreto, no es un acto irreflexivo o automático, puramente instrumental, sino que en esa ocasión asiste a la Suprema Corte la potestad de verificar la debida investidura del designado, esto es, que reúne los recaudas constitucionales pertinentes...”*

- *“...Pasando de lo general a lo particular y con específica referencia a la cuestión que nos ocupa, ninguna norma, ningún comentarista, ningún precedente declaran que, en el análisis del ingreso al Poder Judicial de un nuevo miembro —y, sobretudo, de un Ministro para el máximo tribunal—, se deba ser más laso, menos exigente, absolutamente displicente o baste actuar como simple espectador. Digo entonces que no hay norma ni precedente alguno que impidan el control que propicio y por el contrario hay normas específicas que lo autorizan, inmerso todo ello en los poderes implícitos que asisten al Tribunal para salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia...”*

- *“...Mi posición no implica poner en tela de juicio ni controvertir las facultades que constitucionalmente asisten al Poder Ejecutivo y al H. Senado en la propuesta, prestación de acuerdo y designación de un Juez de la Suprema Corte. Una vez ejercidas esas facultades, hay otra parcela del proceso de incorporación que tiene que ver con la puesta en posesión del cargo previo juramento de ley. Al disponerlo, la Suprema Corte efectiviza la potestad de contralor para verificar la regularidad de la incorporación que se propone. Ya hemos citado hasta el hartazgo las razones y precedentes del más alto Tribunal de la Nación y de la propia Suprema Corte que desde tiempo inmemorial así lo difunden...”*

- *“...lo actuado por los otros poderes no es inmodificable. Esa suerte de inmunidad a todo control es insostenible. El*

principio de legalidad supone la existencia de mecanismos a través de los cuales pueda verificarse y asegurarse eficazmente el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico. Cualquier acto o conducta de la Administración y de sus agentes puede ser objeto de comprobación acerca de la regularidad de lo actuado. De otro modo no habría límites para la arbitrariedad...

- *“...La máxima amplitud del control jurisdiccional de la discrecionalidad no implica ausencia de límites, pues se acota su actuación a razones de legitimidad con exclusión de la apreciación de motivos de exclusivo mérito...”*

- *“...parece desprenderse que tanto el Poder Ejecutivo como el H. Senado de la Provincia habrían tenido a la vista cada uno de los elocuentes datos que enumeré puntillosamente a fs. 12 vta. y ss. Así, habrían constatado el empadronamiento electoral del Dr. Torres en la ciudad de Buenos Aires, la emisión de sus votos en la misma ciudad, que en la dirección que indicara como su residencia existe un edificio sin haberse individualizado la unidad funcional, que en el tiempo invocado ese edificio estaba en construcción, habrían ponderado el hecho mismo de haberse realizado una información sumaria en sede judicial y la necesidad de ella cuando era suficiente —de estar controvertido el lugar de residencia— con acompañar una simple factura de algún servicio de gas, electricidad, etc. etc. Inclusive, con dotes adivinatorias, también habrían tenido presente una futura denuncia penal por falsedad ideológica...”*

- *“...Al tiempo de efectuarse la respectiva postulación no se planteó en modo alguno que el recaudo constitucional de la residencia deba recibir una interpretación flexible que compute el avance de los tiempos y las comunicaciones. Tampoco se adujo que la persona elegida se encontraba compenetrada de la realidad provincial en virtud de sus aptitudes y desenvolvimientos personales, profesionales, académicos o de cualquier otra índole, lo que en su caso permitiría remontar la circunstancia fortuita de no residir en la Provincia de Buenos Aires...”*

- *“...Todo lo contrario. Se indicó un lugar específico del partido de Tigre. Tuvo lugar una precisa instalación en el ámbito geográfico que tiene que ver, precisamente, con la concepción literal del art. 181 de la Constitución. Entonces, discurrir ahora sobre un sentido extensivo de la norma es cambiar abruptamente las cosas y desenfocar absolutamente el núcleo del problema, distorsionándose una vez más el eje de la discusión...”*

- *“...El de verificar el cumplimiento de los recaudos necesarios para ingresar al Poder Judicial —sobre todo en el cargo de Ministro del máximo tribunal— es uno de los deberes y atribuciones que tiene esta Suprema Corte, en su condición de poder del estado y ejerciendo su independencia respecto de los demás...”*

- *“...Está en juego la supremacía de la Constitución. Está en juego la regular integración, el prestigio y el funcionamiento del más alto Tribunal en la estructura del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y la legalidad de sus futuros actos. Está en juego la independencia del Poder Judicial, tantas veces declamada y otras tantas depreciadas. Está en juego la calidad misma de la vida democrática. En semejante escenario no cabe la irreflexión ni la torpeza. No estoy dispuesto a mirar hacia el costado, hacer oídos sordos e ignorar circunstancias graves y precisas que obligan a profundizar el análisis. Si así obrara estaría contribuyendo a lo que Carlos Níno en su libro “Un país al margen de la ley” calificó como “anomia boba”, al referirse al hábito del incumplimiento y el desdén por la ley, con magros beneficios e ingentes perjuicios. En algún momento llegará la hora de rendir cuentas sobre lo que a cada quien compete en la triste imagen de una justicia devaluada, marchita y decadente. Alguna vez expresó mi maestro Augusto Mario Morello que el derecho vale en un país y en un momento histórico determinado lo que valen los jueces y los abogados, a tal punto que sólo si los jueces y los abogados tienen dignidad y jerarquía espiritual el derecho tendrá dignidad y jerarquía...”*

- *“...para lo que aquí interesa, tal exigencia constitucional comprende a los Jueces, miembros del Ministerio Público y*

demás integrantes del Poder Judicial (art. 181), no sólo por la voluntad explícita del constituyente de la que diera cuenta en el acápite precedente, sino por la contradicción que supondría imponer tal recaudo a los agentes judiciales (empleados y funcionarios letrados) con exclusión de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público (a excepción de los jueces de paz, para quienes rige, específicamente, el art. 173), teniendo en consideración que éstos últimos resultan los operadores principales de la función de administrar Justicia...”

- *“...El desempeño de un cargo de la importancia institucional que reviste el de Ministro de la Suprema Corte debe estar exento de cualquier duda o incertidumbre, máxime cuando ésta se sitúa sobre el cumplimiento de recaudos constitucionales establecidos para su nombramiento...”*

- *“...Recibir el juramento del doctor Sergio Gabriel Torres designado como juez de la Suprema Corte de Justicia por decreto N° 269/2019 del Poder Ejecutivo...”*

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la SCBA

*Juan Francisco Díaz*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 21 septiembre), 490-495

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e315>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5891-7845>

Novedades de la CSJN

La Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la Ley de Preservación de Glaciares

El Máximo Tribunal de Justicia rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 26.639, de Preservación de Glaciares, interpuesta por Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y Exploraciones Mineras Argentinas S.A., junto con la que presentara la Provincia de San Juan, y consideró que Barrick Gold y Minera Argentina Gold no habían demostrado que el sistema de preservación de los glaciares establecido por el Congreso Nacional les generase algún tipo de daño en su derecho de explotación minera.

Los ministros afirmaron que la protección de los glaciares en un estado federal como el argentino implica una densa y compleja tarea política que deben cumplir conjuntamente el Estado Nacional y las provincias para coordinar eficazmente sus diversos intereses. Además resaltaron que cuando existe la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua, se debe considerar de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la

¹ Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. E-mail: juanfranciscodiaz87@gmail.com

biodiversidad. Además agregaron que la normativa se inscribe en el consenso internacional que aprobó el Acuerdo de París en 2015, ratificado por la República Argentina en 2016, sobre calentamiento climático. *(CSJN “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4 de junio de 2019)*

La Corte Suprema determinó la improcedencia de secuestros prendarios por falta de participación del consumidor

El Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, con los votos de los ministros Rosatti, Lorenzetti y Maqueda, dejó sin efectos la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declarando la invalidez del trámite del secuestro sin dar previamente audiencia al deudor. El recurso extraordinario presentado por la Fiscal General ante la Cámara Comercial, Gabriela Boquín, buscó que la Corte Suprema se expida con relación a la improcedencia de los secuestros prendarios interpuestos por las entidades financieras, contra los consumidores y usuarios de crédito. Además la fiscal sostuvo que la facultad de secuestrar el bien prendado y ejecutarlo privadamente constituye una cláusula y una práctica abusiva por parte de las entidades financieras.

La Corte Suprema que primeramente fundó los motivos por los cuales entendió que el caso puesto a consideración era equiparable a una sentencia definitiva y criticó con dureza por varios elementos el fallo apelado. Sostuvieron los ministros que lo resuelto por la Cámara afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, a fin de que los planteos sean nuevamente considerados y decididos mediante un fallo constitucionalmente sostenible. *(CSJN “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario, 11 de junio de 2019)*

La Corte Suprema sostuvo la competencia territorial del Juzgado donde tengan su “centro de vida” el niño, niña o adolescente

En un caso relativo a la guarda y adopción de un niño y una niña, la Corte Suprema de Justicia determinó que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 4 de la Capital Federal era el competente para intervenir, en razón de que ambos niños tenían su centro de vida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que, además, dicho juzgado ya había prevenido en control de la legalidad de las medidas excepcionales en el proceso de adopción de los mismos.

El conflicto se suscitó ante la intervención del Juzgado de Garantías del Joven N°1 del Departamento Judicial Moreno/Gral. Rodríguez, quien había intervenido declarando el estado de desamparo, abandono y adoptabilidad de los niños, en virtud de que, si bien se encontraban en guarda con una pareja y a disposición de un juzgado nacional en lo civil, su situación jurídica no había sido resuelta aún, por lo que requirió la remisión de las actuaciones a este último.

Ante el rechazo del juzgado nacional de la inhibitoria planteada, intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud de estar frente a un conflicto de competencia sin un órgano superior jerárquico en común. La Corte Suprema entendió que el Artículo 716 del Código Civil y Comercial de la Nación asigna el conocimiento de los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes al juez del foro en el cual se sitúa su “centro de vida”, concepto que la ley nacional 26.061 define como el lugar donde ellos hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, siendo en el presente caso, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (*CSJN S., K. y otro s/ guarda, 19 de junio de 2019*)

La Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia que le concedía prisión domiciliaria a un condenado por delitos de lesa humanidad

Se trata de Gustavo Adolfo Alsina, conocido como “El Estaqueador”, quien había sido beneficiado por la Sala I de la Cámara

Federal de Casación en el año 2017. La Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia que concedió la detención domiciliaria solicitada a favor de Gustavo Adolfo Alsina, más conocido como “El Estaqueador”, condenado a la pena de prisión perpetua por delitos de lesa humanidad.

Alsina había sido beneficiado por la Sala I de la Cámara Federal de Casación en el año 2017. Sin embargo, deberá volver a prisión en virtud del recurso extraordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público contra dicha decisión.

En el dictamen del Procurador Fiscal (cuyo voto hacen suyos todos los integrantes del Máximo Tribunal de Justicia, con excepción la Carlos Fernando Rosenkrantz), se sostuvo que si bien éste tiene más de setenta años de edad, no está en discusión que las patologías que el mismo posee pueden recibir el tratamiento médico adecuado aun cuando aquel permanezca en prisión, no habiéndose logrado especificar si el Servicio Penitenciario Federal es incapaz de cumplir con su deber de trasladar oportunamente al interno para que reciba atención profesional necesaria fuera del penal, o si los incumplimientos registrados se debieron a errores que podrían ser evitados a futuro. (*CSJN “Alsina, Gustavo Adolfo s/ incidente de recurso extraordinario”, 2 de julio de 2019*)

La Corte Suprema falló a favor de la protección de humedales en Entre Ríos

La causa llega a la Corte Suprema luego de que el Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos rechazara la acción de amparo de un grupo de vecinos que presentaron para que cese la construcción del emprendimiento inmobiliario “Barrio Náutico Amarras de Gualaguaychú”, que según el proyecto de la empresa producirían impactos permanentes e irreversibles en la zona. Entre los daños que la empresa ya había producido, mencionaron la destrucción de montes nativos, desviación de cursos de agua y daños a la flora y el ambiente.

El emprendimiento consistía en la construcción de un barrio con 445 lotes, 200 unidades departamentales y un hotel con 150 habitaciones, que se ubicaría sobre la ribera del Río

Gualeguaychú en el Municipio de Pueblo Gral. Belgrano, justo en frente a la ciudad de Gualeguaychú. La Corte hizo lugar al recurso presentado por los damnificados y desatacó que el Departamento de Gualeguaychú es un área natural protegida por sus humedales (según la ley provincial 9718). (*CSJN “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano’ y otros s/ acción de amparo ambiental”, 11 de julio 2019*)

Honorarios: La Corte Suprema declaró la constitucionalidad del art. 730 del Código Civil y Comercial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al compartir los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal Víctor Abramovich, se pronunció respecto de la constitucionalidad del art. 730 del Código Civil y Comercial. La norma, en lo que importa en el fallo, establece que si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales superan el 25% del monto de la sentencia -o instrumento que ponga fin al diferendo-, el juez debe prorratear los montos entre los beneficiarios, debiendo tomar para el cómputo de ese porcentaje los honorarios de la primera y única instancia, y a todas las profesiones y especialidades -excepto los que han representado, patrocinado o asistido a la condenada en costas.

Sin perjuicio de ello, en los antecedentes citados, la Corte consideró que la eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal no resulta violatoria del derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. (*CSJN “Latino Sandra Marcela c/ Sancor Coop de Seg. Ltda. y otros s/ daños y perjuicios”, 11 de julio de 2019*)

Novedades de la SCBA

Pagarés de Consumo, vía ejecutiva o de conocimiento

La Suprema Corte bonaerense se expidió a favor de la ejecución de pagarés de consumo, siempre que se encuentren

integrados de acuerdo a la Ley de Defensa del Consumidor. Afirmó la Suprema Corte que el juez que cuente con un título y contrato que no cumple con los requisitos impuestos por el art. 36 de la LDC (vg. descripción del bien o servicio, precio al contado, importe inicial y financiamiento, tasa de interés, costo financiero total, etc.), debe rechazar la vía ejecutiva; manteniéndose la posibilidad de intentar el cobro por vía de conocimiento. (*SCBA “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester. Cobro ejecutivo”, 14 de agosto de 2019*)

La Suprema Corte de Buenos Aires consideró al estrés como Enfermedad Profesional

La Suprema Corte de Justicia de provincia de Buenos Aires consideró como enfermedad profesional al estrés luego de revocar la sentencia de un Tribunal de Trabajo de la localidad de Junín, el cual había desestimado una acción promovida contra Galeno ART S.A fundado en la ley de riesgos del trabajo y perseguía la indemnización por el fallecimiento del trabajador.

El Máximo Tribunal se inmiscuyó en la valoración probatoria –algo poco común en esta instancia- y concluyó que el Tribunal debería haber valorado la pericia medica junto con las posiciones absueltas en rebeldía. De esta manera concluir que las distancias recorridas, junto con la fatiga acumulada, más las patologías padecidas precedentemente, invariablemente conllevarían a provocar una enfermedad profesional y concluyente la responsabilidad por parte de la aseguradora.

Cabe aclarar que el juez va más allá, y en reiteradas oportunidades pone el acento en el error del tribunal, considerando que para dar lugar a su intervención -la cual considera de excepción- debiera existir vicio absurdo en la valoración axiológica de los magistrados. Finalmente, consideró arbitrario el apartamiento infundado de las conclusiones del perito médico, que debió encontrarse razonable y científicamente fundado. (*SCBA “P. , A. F. contra Galeno ART S.A. Enfermedad profesional”, 14 de agosto de 2019*)

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*James Vértiz Medina*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 INVIERNO 2019 (21 junio a 20 septiembre), 496-505

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e316>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2261-1999>

Corte IDH. Caso Gorigoitia Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382

I. Hechos: Los hechos del caso se relacionan con la violación del derecho a recurrir el fallo debido a la inexistencia de un recurso ordinario que permita la revisión integral de la sentencia condenatoria impuesta al agente policial Oscar Raúl Gorigoitia por el delito de homicidio simple en el marco de un proceso penal en la Provincia de Mendoza, Argentina, en 1997.

II. Fondo: El Tribunal de San José, se avocó en el presente a determinar si el Estado argentino es responsable por la violación al derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y al de un recurso judicial efectivo, como resultado de la respuesta de los tribunales internos a los recursos intentados por la defensa del señor Gorigoitia después de su sentencia condenatoria por el delito de homicidio simple.

En el caso en comentario, la Corte recordó su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

¹ Abogado (UNLP), docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. E-mail: jamesvertiz@hotmail.com

Al respecto señaló que, dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía”, y que el mismo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Además, el derecho a recurrir el fallo es una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal.

También sostuvo que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

La importancia del cumplimiento de esta obligación se funda en que existe relación entre una errónea determinación de los hechos y una indebida aplicación del derecho, por lo que la revisión que se debe hacer en cumplimiento del **derecho al**

doble conforme debe permitir al juzgador realizar un control amplio de la sentencia. Este es el planteamiento que la defensa del señor Gorigoitia realizó en su escrito de recurso de casación, el cual fue rechazado “in limine” por requerir una revalorización del criterio de la Cámara Primera en materia de hechos y de valoración probatoria. En consecuencia, el Tribunal considera que la negativa por parte de la Suprema Corte de Mendoza de revisar el fondo de la cuestión planteada por la defensa del señor Gorigoitia constituyó un hecho ilícito internacional en tanto resultó en un incumplimiento del deber de revisión integral del fallo que establece el artículo 8.2.h) de la Convención.

Sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte expresó que el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un **control de convencionalidad**, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

De conformidad con lo antedicho, la Corte concluyó que el Estado es responsable por la violación artículo 8.2.h) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, debido a la falta de revisión integral de la Suprema Corte de Mendoza del recurso presentado por la defensa del señor Gorigoitia contra la sentencia condenatoria de la Cámara Primera del Crimen de Mendoza. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable por la violación al artículo 2 de la Convención,

como resultado de la regulación inconventional del recurso de casación previsto en el artículo 503 de la Ley No. 1908.

III. Reparaciones: La Corte indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Entre otras medidas reparatorias, la Corte le ordenó al Estado argentino que: a) adopte las medidas necesarias para garantizar al señor Gorigoitia el derecho de recurrir el fallo condenatorio emitido por la Cámara Primera del Crimen de Mendoza el 12 de septiembre de 1997, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana; y, b) adopte las medidas necesarias para que los efectos jurídicos del referido fallo condenatorio, en especial lo atinente al beneficio jubilatorio y el registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo, una vez garantizado el derecho a recurrir según lo indicado en el inciso anterior.

Corte IDH. Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376

I. Hechos: El caso se relaciona con violaciones al debido proceso cometidas en el marco del proceso penal contra Manuel Martínez Coronado por el delito de asesinato de siete personas que culminó con una sentencia condenatoria a la pena de muerte, la que fue ejecutada por medio de inyección letal. De conformidad con los alegatos presentados, la utilización del elemento de peligrosidad para sustentar la responsabilidad penal incumplió con el principio de legalidad, ya que dicha figura incorpora predicciones, especulaciones y constituye una expresión del derecho penal de autor, incompatible con la Convención Americana. En particular se alegó también la violación

del derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa y el derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, así como la violación al derecho a la vida en virtud de que se aplicó la pena de muerte, pese a las violaciones al debido proceso indicadas con anterioridad.

II. Fondo: El Tribunal Interamericano examinó en el caso los alegatos relativos a la privación arbitraria de la vida y la violación al principio de legalidad; y de las garantías judiciales.

Sobre la alegada violación del **derecho a la vida** del señor Manuel Martínez Coronado, la Corte recordó su reiterada jurisprudencia al respecto, subrayando que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al derecho de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos bajo su jurisdicción. Por tal razón este artículo establece un régimen claramente restrictivo de la pena de muerte, como se infiere de la lectura de sus numerales 2, 3, 4, 5 y 6. De forma tal que esta disposición revela una inequívoca tendencia limitativa y excepcional en el ámbito de imposición y de aplicación de dicha pena.

A su vez, expresa la Corte, tal tendencia abolicionista se encuentra recogida por el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que a la fecha de la presente sentencia ha sido ratificado por trece Estados de la OEA.

En el caso en concreto, se condenó a pena de muerte al señor Martínez Coronado en aplicación del segundo párrafo del artículo 132 del Código Penal guatemalteco vigente para dicha fecha, que preveía la aplicación de dicha pena “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente”.

La Corte recordó que se había pronunciado sobre la aplicación del referido artículo 132 del Código Penal y el concepto de “peligrosidad futura” en el caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala” en donde declaró que la referida norma era contraria a la Convención Americana, particularmente por cuanto violaba el artículo 9 de la Convención, por lo que ordenó se adecue dicha norma al derecho internacional de los derechos humanos.

En la misma sentencia también expresó que el **principio de legalidad** es uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable’, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa posible.

De modo que, si la peligrosidad del agente trae consigo una consecuencia penal de tan grave naturaleza, como ocurre en la hipótesis de Asesinato, conforme a la ley guatemalteca, las circunstancias personales del agente deberían formar parte de la acusación, quedar demostradas durante el juicio y ser analizadas en la sentencia.

Por lo que, en concepto de la Corte, el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8 de la Convención. Esa invocación tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.

Ello así, puesto que, la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las

probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención.

En ese sentido, el empleo del criterio de peligrosidad del agente, tanto en la tipificación de los hechos del ilícito penal cometido por el señor Martínez Coronado, como en la determinación de la sanción correspondiente, resulta incompatible con el principio de legalidad previsto en la Convención Americana. El examen de la peligrosidad del agente implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación penal aplicable.

En el caso concreto, dada la aplicación de la pena de muerte impuesta con base en una norma contraria a la Convención Americana, el Tribunal consideró que el Estado es responsable de la vulneración de los artículos 4.1 y 4.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Concluyendo que, la vulneración del principio de legalidad en el presente caso se encuentra configurada por dos elementos: a) la indeterminación del concepto de “peligrosidad futura” contenido en el artículo 132 del Código Penal, y b) la aplicación al señor Martínez Coronado de la sanción prevista (la pena de muerte) en dicha disposición.

Respecto de las garantías del debido proceso, y en particular sobre el derecho a la defensa de oficio, el Tribunal destacó “la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”.

La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

No obstante, la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. A tal fin, es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.

Invocando su jurisprudencia del caso “Ruano Torres vs. Guatemala” también sostuvo que el derecho de defensa implica que está sea eficaz, oportuna, realizada por personal técnico, que permita fortalecer la protección del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana. En esta línea, “la relación de confianza debe ser resguardada en todo lo posible dentro de los sistemas de defensa pública por lo que deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la justicia.

Ahora, en el presente caso, la discusión jurídica a analizar se centró en la compatibilidad con la Convención, y particularmente, con el derecho a la defensa del señor Martínez Coronado, de que el Estado le haya proporcionado una **defensa común de oficio** a la presunta víctima y a otro co-imputado, ya que según lo alegado por la Comisión y los representantes, la defensa común de oficio pareciera haber tenido una incidencia negativa a los intereses del señor Martínez.

Como punto de partida la Corte constató que en el derecho penal guatemalteco la defensa común de los imputados tanto si es provista por sus abogados de confianza o por aquellos designados por el Estado a través de la defensa pública está prohibida y, solo se permite excepcionalmente en caso de que no exista manifiesta incompatibilidad.

En tal sentido, señaló que correspondería al Estado, mediante las autoridades competentes, identificar si existen dichas incompatibilidades y adoptar las medidas conducentes para que se garantice el derecho a la defensa de los co-imputados involucrados. Este principio es especialmente relevante en casos donde los imputados puedan enfrentar una condena severa, como es la pena de muerte. Por otra parte, la existencia de inconsistencias en las declaraciones realizadas por los co-imputados en el marco de un proceso penal no demuestra necesariamente una incompatibilidad en sus defensas e intereses que impida una defensa común.

No obstante, en el caso concreto la contradicción existente en las declaraciones de los co-imputados recae sobre elementos sustanciales de la versión de los hechos propuesta por el señor Martínez Coronado, de forma tal que la contradicción le privó de un elemento sustancial de su defensa. En efecto, en la sentencia de primera instancia se hace alusión a que el señor Martínez Coronado afirma que el co-imputado le informó a la una de la mañana que había escuchado disparos, razón por la cual acudió al lugar de los hechos, mientras que por su parte DA negó tales hechos y afirmó que se enteró de los homicidios a las seis

de la mañana. En esa medida, en este caso las inconsistencias en las declaraciones por parte de los co-imputados debieron ser advertidas por la defensa común, quien debió ponerlas en conocimiento del tribunal para efectos de que se nombrara otro defensor, o incluso las autoridades judiciales encargadas de dirigir el proceso debieron adoptar de oficio las medidas pertinentes para garantizar el derecho a la defensa por tratarse de una defensa pública proporcionada por el Estado. En razón de lo anterior, la Corte concluye que el Estado incumplió con su deber de asegurar el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado que le garantizara al inculcado los medios adecuados para su defensa, en violación de los artículos 8.2.c) y 8.2.e) de la Convención Americana, en la medida que la defensa común, vulneró los derechos del señor Martínez Coronado.

III. Reparaciones: El Tribunal indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Además de otorgar medidas de reparación económicas, la Corte ordenó en carácter de medidas de satisfacción, que se publique en el plazo de seis meses: a) el resumen oficial de esta Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la presente sentencia en su integridad, este disponible por un período de un año, en un sitio web oficial, de manera accesible al público.

#OPINIÓN



Epitafio

Tu cuerpo sobre la canoa
Endulzará las aguas
Viajarás al borde de la niña
De mis ojos
Que llorará
Sólo a veces
Esos días en que el viento
Levante la copa
De los álamos
Y brinde
Por lo que dejas a mi cuidado
Un rosal
Un techo sobre el que la lluvia
Se deslice
En las tardes de otoño
Y un retoño
Que sabrá
Remar aguas arriba
Y echar a volar
Tus cenizas
Darán cuenta
Qué tan lejos
Llegó
La historia en la que no
Creímos
Que sí.

Autora: Norma Etcheverry

**Arte de la portada: Catalina Zerbino (ilustración)
Antonela Torretta (edición digital)**

Brexit y la orden de detención europea

*Dimitris Liakopoulos*¹ | Fletcher School-Tufts University

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 509-530

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e317>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1048-6468>

I. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que “reconciliarse” con Brexit: Una premisa explicativa del contexto

En tiempos recientes, cerca del 29 de marzo de 2019², los convulsivos acontecimientos de Brexit y el espectro de una retirada sin acuerdo han polarizado el panorama político en el Reino Unido y Europa. Como saben, inicialmente llegamos a una **primera prórroga**, el 21 de marzo de 2019³, y luego a una

¹ Profesor titular de Derecho de la Unión Europea en la Fletcher School-Tufts University (Master en Derecho Internacional y Master en Derecho y Diplomacia). Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Internacional y Europeo en la De Haagse Hogeschool de La Haya. Abogado en Nueva York y Bruselas. El presente trabajo se actualiza hasta mayo de 2019. Email: profd.liakopoulos.984@gmail.com

² Dado que la notificación por el Reino Unido al Consejo Europeo de la intención de retirarse de la Unión (artículo 50, apartado 2, del TUE) tuvo lugar el 29 de marzo de 2017, el procedimiento debería haber finalizado con la entrada en vigor del acuerdo de retirada o, a falta de tal acuerdo, en el plazo de dos años a partir de la notificación, a menos que el Consejo Europeo (de acuerdo con el Estado miembro de que se trate) decida por unanimidad prorrogar dicho plazo (artículo 50, apartado 3, del TUE).

³ Después de que la Cámara de los Comunes rechazara (el 12 de marzo de 2019) el acuerdo de retirada, en la declaración sobre el marco de las futuras relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido se había concedido “una prórroga” hasta el 22 de mayo de 2019, siempre que el acuerdo de desistimiento fuera aprobado la semana siguiente por la Cámara de los Comunes; en caso de no aprobación, el Consejo Europeo había concedido una prórroga hasta el 12 de abril de 2019 en la que pedía al Reino Unido que indicara, antes de esa fecha, el camino que se proponía seguir. El procedimiento de aprobación parlamentaria del acuerdo de retirada está regulado por el artículo 13 de la Ley de (retirada) de la Unión Europea de 2018.

segunda prórroga, el 10 de abril de 2019⁴. El último Consejo Europeo extraordinario, que se reunió precisamente el 10 de abril de 2019, concedió una prórroga, con el fin de permitir la **ratificación del acuerdo de retirada**, que “no debería superar la duración mínima necesaria y en ningún caso el 31 de octubre de 2019”. Sin embargo, si el acuerdo de retirada fue ratificado por las dos partes antes de esa fecha, “la retirada tendrá lugar el primer día del mes siguiente” al término de los procedimientos de ratificación. Esto se refiere a las próximas elecciones europeas. Las conclusiones del Consejo subrayan la necesidad de evitar que la prórroga “comprometa el funcionamiento regular de la Unión y de sus instituciones”.

Por lo tanto, “el Reino Unido seguirá siendo miembro de la UE” y si para el 22 de mayo de 2019 no habrá ratificado el acuerdo de retirada tendrá que organizar las elecciones al Parlamento Europeo de acuerdo con la legislación de la Unión”. En caso de que “no cumpla con esta obligación, la retirada tendrá lugar el 1 de junio de 2019”. Además, se reitera que el acuerdo de retirada no puede reabrirse y que cualquier compromiso, declaración u otro acto unilateral debe ser compatible con la letra y el espíritu del acuerdo de retirada y no debe obstaculizar su aplicación. Se especifica, además, que la prórroga no puede utilizarse para iniciar negociaciones sobre futuros informes. Si la posición del Reino Unido cambia, el Consejo Europeo está dispuesto a reconsiderar la declaración política sobre las relaciones futuras de acuerdo con las posiciones y principios

⁴ El 29 de marzo de 2019, la Cámara de los Comunes había rechazado una vez más el acuerdo de retirada; la prórroga concedida por el Consejo Europeo extraordinario del 21 de marzo de 2019 se limitaba automáticamente al 12 de abril de 2019. Para el 10 de abril de 2019 se convocó otro Consejo Europeo extraordinario y la Primera Ministra Theresa May envió el 5 de abril de 2019 al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, una carta en la que solicitaba una nueva prórroga, hasta el 30 de junio de 2019, que podría reducirse si el acuerdo de retirada se aprobaba antes de esa fecha. El Consejo Europeo ha acordado esta prórroga para permitir que ambas partes ratifiquen el acuerdo de retirada: como se explica mejor en el texto, la prórroga “no deberá superar la duración mínima necesaria y en ningún caso el 31 de octubre de 2019” (la denominada prórroga).

establecidos en sus directrices y en sus declaraciones, incluido el ámbito territorial de los futuros informes.

La nueva situación hizo necesaria la adopción de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada, introduciendo así algunas adaptaciones⁵. Será inevitable volver a los aspectos que acabamos de describir, esbozando, en la fase final, los posibles escenarios de futuro en la materia de nuestro interés.

De hecho, cabe señalar que, en el caleidoscopio polifacético de Brexit, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya había tenido que “aceptar” el primer caso de retirada de la Unión, interpretando varias veces el arte. 50 TEU (Tribunal de la Unión Europea), que regula esta retirada. Aunque aquí nos referiremos específicamente a la sentencia de los jueces luxemburgueses RO de 19 de septiembre de 2018⁶, relativa a las relaciones entre Brexit y la Orden de Detención Europea (EAW), que, entre otras cosas, al ser configurada como la primera en orden cronológico, ha funcionado de alguna manera como un “precursor”. Por último, se deben mencionar brevemente otras dos pronunciaciones.

Con la pronunciación en el caso *Wightman y otros v. Secretary of State for Exiting the European Union* del 10 de diciembre de 2018, el CJEU ha interpretado el art. 50 TUE en el sentido de que, si un Estado miembro ha notificado al Consejo Europeo su intención de retirarse de la Unión, esta disposición permite al Estado en cuestión hasta el plazo de dos años establecido en el artículo Par 50 3 TUE (finalmente ampliado), para “revocar unilateralmente la notificación, de manera inequívoca e incondicional, mediante comunicación escrita al Consejo Europeo, una vez que el Estado miembro de que se trate haya adoptado

⁵ Véase la Decisión (UE) 2019/642 del Consejo, de 13 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión (UE) 2019/274 en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁶ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, publicadas en la Recopilación electrónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

la decisión de revocación de conformidad con sus disposiciones constitucionales”. La revocación tiene por objeto confirmar la pertenencia del Estado “a la UE sin cambios en lo que respecta a su estatuto de Estado miembro y pone fin al procedimiento de retirada”⁷. En otras palabras, según la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE), la revocación “refleja la decisión soberana de dicho Estado de mantener el estatuto de Estado miembro de la Unión”. La notificación inicial “no tiene por efecto suspenderla o alterarla” (ídem). Más allá de las críticas que se pueden formular sobre algunos pasajes de la sentencia⁸, **no se puede negar el valor eminentemente “político”**, ya que el CJEU ofreció al Reino Unido una vía legal para reconsiderar si realmente pretendía abandonar la Unión.

Pero, como ya sabemos, la ruta elegida fue la de solicitar una prórroga de conformidad con el art. Par 50 art.3 Tribunal de la Unión Europea (TUE), concedido por el Consejo Europeo por primera vez el 21 de marzo de 2019 y por segunda vez el 10 de abril de 2019. Además, parece significativo que tanto en las conclusiones del Consejo Europeo como en la Decisión (UE) 2019/584 adoptada de común acuerdo con el Reino Unido el 11 de abril de 2019, se afirme que éste, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, letra a), del Tratado de la Unión Europea, no ha adoptado ninguna medida: “seguirá siendo, durante el período de prórroga, un Estado miembro con todos los derechos

⁷ CJEU, C-621/18, Wightman y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union, de 10 de diciembre de 2018.

⁸ El artículo 3 del TUE prevé la posibilidad de prorrogar el plazo a partir del cual los Tratados no se aplican al Estado miembro de que se trate, decidido por unanimidad por el Consejo Europeo. De acuerdo con el Estado en cuestión se observó lo difícil que resulta comprender por qué este tipo de revocación temporal “debe someterse al consentimiento unánime de los Estados miembros, mientras que una revocación definitiva puede depender de la voluntad exclusiva del Estado que la revoque, con independencia de cualquier otro interés contrario alegado por los demás Estados miembros (...)”. Además, el Tribunal de Justicia ha negado la analogía entre la revocación y la solicitud de prórroga, apoyada en cambio por el Consejo y la Comisión, porque sólo en el primer caso el Estado en cuestión tiene la intención de mantener el estatuto de Estado miembro de la Unión. El concepto de confianza mutua entre los Estados miembros también entra en juego.

y obligaciones que de él se derivan, tendrá derecho a revocar su notificación en cualquier momento”.

Con la pronunciación *M.A. y otros v. Tribunal de Apelaciones de Protección Internacional, Ministro de Justicia e Igualdad, Fiscal General, Irlanda*, del 23 de enero de 2019, el CJEU interpretó esto en el sentido de que “la circunstancia de que un Estado miembro, determinado como “competente” en virtud de dicho Reglamento, haya notificado su intención de retirarse de la UE”⁹ ha sido objeto de una solicitud de protección internacional. El art. 50 TUE, “no obliga al Estado miembro que lleva a cabo esta determinación a examinar directamente, en virtud de la cláusula discrecional la citada solicitud de protección”. En esencia, la notificación de la intención de un Estado miembro de retirarse de la Unión no cambia su competencia establecida por el Reglamento Dublín III porque la notificación en cuestión “no tiene por efecto suspender la aplicación de la legislación de la UE en ese Estado miembro” y, por lo tanto, “este derecho sigue estando plenamente en vigor”¹⁰.

II. Dudas sobre Brexit y la Orden de Detención Europea (EAW): Las cuestiones preliminares propuestas a los tribunales luxemburgueses en el caso RO (persona con pseudónimo) de 2018

Centrándonos ahora en la relación entre Brexit y EAW, aquí están los hechos que llevaron al Tribunal Supremo (Alta Corte, Irlanda) a presentar algunas preguntas preliminares a la Corte de Justicia de la Unión Europea. Las autoridades judiciales del Reino Unido habían solicitado la entrega de RO sobre la base de dos órdenes de detención europea al término del ejercicio de una acción penal por los delitos de asesinato, incendio

⁹ “El sistema de la orden de detención europea: Evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (6), 2017, pp. 884ss. T. Opperman, Classen and Nettesheim.

¹⁰ Tribunal de Apelaciones de Protección Internacional, Ministro de Justicia e Igualdad, Fiscal General, Irlanda, de 23 de enero de 2019.

provocado y violación. RO fue detenida en Irlanda el 3 de febrero de 2016 en el marco de la primera orden de detención europea y el 4 de mayo de 2016 en virtud de la segunda, permaneciendo siempre detenida.

La parte interesada se opuso a su entrega al Reino Unido por razones basadas en la retirada de este Estado de la Unión y en el art. 1 de la Convención Europeo de Derechos Humanos (CEDH), afirmando que, si hubiera estado detenido en la prisión de Maghaberry en Irlanda del Norte, podría haber sido sometido a un trato inhumano o degradante; y argumentando que no se sabía cómo se garantizarían los derechos reconocidos por la Decisión marco sobre la orden de detención europea, una vez que el Reino Unido hubiera puesto fin a la Unión. El 16 de abril de 2018 el Tribunal Superior desestimó todos los motivos de oposición presentados por RO, con excepción de la cuestión relativa a las consecuencias de Brexit en relación con el artículo 81 CE 3 CEDH¹¹.

El Tribunal Superior partió de la premisa de que si RO hubiera sido entregada, con toda probabilidad habría permanecido en prisión en el Reino Unido después del 29 de marzo de 2019, es decir, después de la fecha en la que estaba prevista su retirada de la Unión. Obviamente, se predijo que podrían celebrarse acuerdos entre la UE y el Reino Unido para regular sus relaciones en ámbitos como los regulados por la Decisión marco sobre la orden de detención europea, pero, en el momento en que el Tribunal Superior tuvo que tomar una decisión no había claridad al respecto. En particular, no parecía claro si, tras la retirada del Reino Unido, el derecho de un ciudadano de la UE que está sujeto a la jurisdicción del Reino Unido pueda ser juzgado en última instancia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

A la luz de lo anterior, el Tribunal Superior propuso cuatro cuestiones preliminares, después de haber examinado en el

¹¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos: *A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

local la notificación de la intención del Reino Unido de retirarse de la Unión de conformidad con el artículo 81 del Tratado 50 TEU. La incertidumbre sobre los acuerdos que habrían intervenido para regular las relaciones entre la UE y el Reino Unido tras la retirada de este último y la consiguiente incertidumbre sobre la medida en que el receptor de la orden de detención europea podría, de hecho, disfrutar de los derechos previstos en los Tratados, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) o en la legislación aplicable, en caso de que se entregue al Reino Unido y permanezca en prisión tras la mencionada retirada.

La primera pregunta se refería a si la legislación de la UE exigía que el Estado miembro requerido denegara la entrega al Reino Unido de una persona sujeta a una orden de detención europea (entrega que de otro modo sería exigible en virtud de la legislación nacional de ese Estado miembro), proponiendo una triple alternativa: i) en cualquier caso hacerlo; ii) en algunos casos, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso; iii) en ningún caso. Con la segunda pregunta, y suponiendo que la respuesta a la primera pregunta fuera sub ii), se preguntó cuáles eran los criterios o consideraciones sobre cuya base el Estado miembro requerido debe decidir si la entrega está prohibida. Con la tercera pregunta, se preguntó si el juez del Estado miembro requerido debería posponer la decisión final sobre la ejecución de la orden de detención europea hasta que se llegara a una mayor claridad sobre el régimen jurídico que se establecerá tras la retirada de la Unión, proponiendo la pequeña triple alternativa antes mencionada.

Por último, en relación con la cuarta cuestión, y suponiendo que la respuesta a la tercera cuestión fuera sub ii), el órgano jurisdiccional remitente preguntó cuáles eran los criterios o consideraciones en los que debía basarse el juez del Estado miembro requerido para decidir si debía aplazarse la decisión final sobre la ejecución de la orden de detención europea.

III. La solución aceptada por el CJEU, en consonancia con las conclusiones del Abogado General: Una elección no sólo razonable para llenar un “vacío” temporal de estructura, sino también atenta a la protección de los derechos fundamentales.

El razonamiento del CJEU se desarrolla de manera lineal, demostrando una plena armonía con las conclusiones del Abogado General (AG). No obstante, cabe señalar que, a partir de ahora, el aspecto más interesante de la pronunciación no reside tanto en la afirmación de principio de que el Derecho de la UE está en vigor en el Estado miembro que ha manifestado la intención de retirarse de la propia Unión hasta su retirada efectiva, y, más bien, en la apreciación específica reservada a los derechos fundamentales del destinatario de la orden de detención europea tras la retirada de la Unión del Estado miembro que haya otorgado el mandato.

Reformulando las cuestiones planteadas, el CJEU sostiene que el órgano jurisdiccional remitente preguntó esencialmente si el artículo 50 TUE debía interpretarse en el sentido de que la notificación por un Estado miembro de su intención de retirarse de la Unión significaba que, en caso de que dicho Estado emitiera una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución debía “negarse a ejecutar “el mandato o “aplazar su ejecución a la espera de que se clarificara el régimen jurídico aplicable en el Estado miembro emisor tras su retirada de la Unión”.

Los jueces luxemburgueses comienzan recordando que el principio de confianza mutua entre los Estados miembros impone a cada uno de ellos, “en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, la obligación, salvo en circunstancias particulares, de que todos los demás Estados miembros respeten el Derecho de la Unión y, en particular, los derechos fundamentales reconocidos por este último”. A continuación, subrayan que el sistema de ejecución que se desprende de la Decisión marco sobre la orden de detención europea se basa

en el principio de **reconocimiento mutuo** con la consecuencia de que las autoridades judiciales de la ejecución pueden, por regla general, denegar la ejecución de la orden de detención europea “únicamente por los motivos de no ejecución enumerados exhaustivamente en la Decisión marco” (artículos 3, 4, 4 bis y 5) y subordinar la ejecución exclusivamente a una de las condiciones estrictamente prescritas en la misma. Por lo tanto, mientras que la ejecución de la orden de detención europea “constituye el principio, la denegación de la ejecución se concibe como una excepción y debe estar sujeta a una interpretación restrictiva”¹².

Inmediatamente después, sin embargo, el CJEU recuerda haber admitido que “en circunstancias excepcionales” pueden introducirse “limitaciones a los principios de reconocimiento mutuo y confianza entre los Estados miembros”, refiriéndose en este sentido a la pronunciación en los asuntos acumulados *Aranyosi y Caldaru* de 5 de abril de 2016¹³, en materia de

¹² Corte Justicia Unión Europea (en adelante CJEU) C-327/18, *RO*, PPU de 19 de septiembre de 2018, op. cit. 37. En el artículo 3 se exponen los motivos de la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea. En los artículos 4 y 4 bis se enumeran los motivos de no ejecución facultativos y en el artículo 5 se enumeran los motivos de la no ejecución facultativa.

¹³ CJEU, C-578/16, *C.K. y otros contra Republika Slovenija*, de 16 de febrero de 2017. La actitud de los tribunales luxemburgueses en relación con la interpretación del principio de reconocimiento mutuo y confianza mutua en materia de procedimiento civil tiene por objeto alinearse con las “advertencias” formuladas por el Tribunal Europeo en *Avotinš*. Las razones que subyacen a la interpretación menos rigurosa de este principio en la sentencia antes mencionada no pueden, de hecho, moverse perfectamente en el ámbito del procedimiento civil, teniendo en cuenta la diferencia ontológica de los derechos fundamentales en juego. El CJEU ha ido más allá en el reconocimiento mutuo. En particular, el Abogado General Yves Bot ha declarado que: “En su búsqueda de equilibrio, el Abogado General considera, en primer lugar, que el artículo 1, apartado 3, iría en contra de la redacción de dicho artículo, que, por su lugar y redacción, expresa un motivo de confianza mutua. En segundo lugar, tal noción no estaría de acuerdo con la intención del legislador de la UE de crear un sistema donde sólo en las circunstancias excepcionales descritas en los considerandos (10) y (13) se puede suspender o prohibirse la expulsión de la UE. Por último, un motivo de no reconocimiento en el artículo 1, apartado 3, perjudicaría gravemente la confianza mutua entre las autoridades judiciales en las que se basa la Decisión marco y, en consecuencia, dejaría sin sentido el principio de reconocimiento mutuo (...)”. También estamos hablando

tratos inhumanos o degradantes prohibidos por el arte. 4 de la CFREU¹⁴.

En estas pronunciaciones el CJEU se ha basado, por un lado, en el arte. 1 par. 3 de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, donde “se prevé que esta última no puede implicar la modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales” consagrados en los art. 2 y 6 TUE y, por otro, “sobre el carácter absoluto del derecho fundamental garantizado” por el artículo 4 CDFUE.

En el caso en cuestión, en cuanto al problema de los tratos inhumanos o degradantes, el juez remitente, aplicando la prueba de las dos etapas acuñada por el CJEU en Aranyosi y Caldaru, pidió a la autoridad judicial emisora que le informara de las medidas adoptadas para garantizar la protección de los derechos humanos y la información adicional necesaria para evaluar la existencia de un riesgo concreto de que la persona afectada por un mandato en Europa sea sometida a tratamientos similares. Sin embargo, RO afirmó que corría el riesgo de que, debido a la notificación por parte del Reino Unido de su

de otro principio-valor de la Unión, el de la proporcionalidad como equilibrio de intereses y la ampliación de la esfera discrecional del juez interno y de las circunstancias concretas. La cooperación penal no parece ser comparable con un terreno similar y se remonta a la experiencia del mercado único, en términos de protagonismo jurisprudencial decisivo. No olvidemos que la cooperación penal se ha basado en la definición de normas mínimas comunes para delimitar los espacios y los límites de la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales en los ámbitos seleccionados por los Estados miembros y por el legislador de la Unión. Por supuesto, podemos hablar de una unificación positiva y normativa durante años en el sector penal y, especialmente después del Tratado de Lisboa, el mérito pertenece al principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, que sigue garantizando una solución media a la integración que se resume en la protección de los derechos fundamentales de los derechos inalienables de las personas y un progreso continuo dictado por los Estados miembros hacia una contribución cada vez más activa y proactiva, un presagio de las innovaciones y los logros con el objetivo principal. En definitiva, el de una integración acelerada y continua pero en el marco de un desarrollo armonioso de todos los intereses de los individuos y no de los Estados.

¹⁴ Bernits U. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE cinco años después. La emergencia de un nuevo marco constitucional*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

intención de retirarse de la Unión, varios de los derechos reconocidos por la Carta y la Decisión marco dejaran de respetarse una vez que se hubiera producido la retirada.

En este punto, la cuestión se bifurca, teniendo que considerar, por una parte, el período entre la notificación de la **intención de retirarse de la Unión y la retirada efectiva**; por otra, el período posterior a la fecha en que se produjo la retirada. En el primer aspecto, la respuesta del CJEU es fácil y debe ser compartida¹⁵. La mera notificación por un Estado miembro de su intención de retirarse de la Unión “no tiene por efecto suspender la aplicación del Derecho de la UE” y, por lo tanto, este derecho, “que incluye las disposiciones de la Decisión marco y los principios de confianza mutua y reconocimiento inherentes a esta última, está plenamente en vigor en dicho Estado hasta su retirada efectiva”. Negarse a ejecutar una orden de detención europea en tal caso equivaldría, como sostiene el Abogado General, a “una suspensión unilateral de las disposiciones de la Decisión marco” y estaría en contradicción con su considerando 10, según el cual corresponde exclusivamente al Consejo Europeo “establecer una violación, en el Estado miembro de emisión, de los principios consagrados” por el artículo. 2 TUE a efectos de suspender la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea a dicho Estado¹⁶. En resumen, la mera notificación de acuerdo con el arte. Par 50 2 TUE por un Estado

¹⁵ También hay que recordar que, en lo que respecta al recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Polonia y relativo a la ley de reforma del Tribunal Supremo, entró en vigor el 3 de julio de 2018, en primer lugar, con la orden del Vicepresidente del Consejo de la Unión Europea. En esta se adoptaron medidas provisionales que ordenaban a Polonia que suspendiera de inmediato y con efecto retroactivo la aplicación de las disposiciones relativas a la rebaja de la edad de jubilación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en espera de la sentencia definitiva, aceptó la solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión. El 3 de abril de 2019, la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción, enviando “una carta de emplazamiento a Polonia en relación con el nuevo régimen disciplinario de los jueces”.

¹⁶ La mencionada “suspensión unilateral” también sería incompatible con el principio general del Derecho de la UE según el cual los Estados miembros no pueden suspender la aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE”.

miembro “no puede considerarse, como tal, una circunstancia excepcional”¹⁷ que pueda justificar la negativa a ejecutar una orden de detención europea emitida por el Estado en cuestión.

De este modo, y pasando al segundo perfil, los tribunales luxemburgueses observan que corresponde a la autoridad judicial de ejecución examinar, “tras una evaluación concreta y precisa del caso, si existen razones serias y probadas para creer que, tras la retirada de la Unión del Estado miembro emisor”, la persona objeto de la orden de detención europea “corre el riesgo de ser privada de los derechos y libertades fundamentales que se derivan, en esencia, de los artículos 26 a 28 de la Decisión marco” sobre la orden de detención europea, como se afirma en el asunto RO de 2018. En lo que respecta a los derechos fundamentales previstos en el artículo. 4 de la CFREU el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene un buen criterio, en un primer momento, al declarar que el órgano jurisdiccional remitente podría, sobre la base de la información recibida de la autoridad judicial emisora, “excluir la existencia de un riesgo de que RO se vea sometida, en el Estado miembro emisor, a un trato inhumano o degradante”, prohibido por el artículo 81, apartado 1, letra a), del Tratado CE. 4 de la Carta y, por lo tanto, **no debe negarse, en principio, a ejecutar una orden de detención europea con este fin**, sin perjuicio de la posibilidad, tras su ejecución, de “ejecutar en el ordenamiento jurídico del Estado miembro que haya interpuesto el recurso que le permita impugnar, en su caso, la legalidad de sus condiciones de detención en una institución penitenciaria de dicho Estado miembro”. Además, el órgano jurisdiccional remitente podría “cuestionar esta afirmación sobre la base de la constatación de que los derechos de que goza una persona como consecuencia de su entrega en virtud de la Decisión marco ya

¹⁷ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, op. cit. 56. Por otra parte, si “la notificación de la retirada en sí misma se considerase una circunstancia excepcional que socava fatalmente la confianza mutua, ello constituiría un juicio anticipado sobre los motivos de la retirada de un Estado miembro y privaría a la citada disposición de todo efecto útil” (op. cit., apartado 53).

no estarían garantizados tras la retirada de la Unión del Estado miembro expedidor”.

A este respecto, el CJEU observa en primer lugar que el Reino Unido forma parte del CEDH y ha incluido en su legislación nacional las disposiciones del artículo. 3, correspondiente al arte. 4 CFREU. Dado que la decisión de retirarse de la Unión no afecta a la obligación del Reino Unido de cumplir con lo dispuesto en el artículo. 3 CEDH, **no puede justificar una denegación de ejecución de la orden de detención europea** motivada por el hecho de que la persona entregada corre el riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante. En cuanto a las disposiciones de la Decisión marco, la obligación derivada del artículo 26 (deducción del período de custodia cumplido en el Estado de ejecución)¹⁸ también se ha incluido en el Derecho interno y se aplica, con independencia del Derecho de la Unión, a toda persona extraditada al Reino Unido, mientras que los artículos 27 (principio de especialidad) y 28 (entrega o extradición posterior)¹⁹ reflejan los artículos 14 y 15 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, ratificado por el Reino Unido, por el que se incorporan estas disposiciones a su Derecho nacional²⁰. De ello se deduce que, puesto que los derechos previstos en los artículos 26 a 28 de la Decisión marco sobre la orden de detención europea y los derechos fundamentales

¹⁸ CJEU, C-294/16 PPU, JZ de 18 de julio de 2016: publicado en la recopilación electrónica de la jurisprudencia, establece que la noción de “custodia” -entendida como una noción autónoma del Derecho de la UE y, por lo tanto, de interpretación uniforme en todo el territorio europeo- significa una medida no meramente restrictiva, sino privada de libertad que incluye, además de la prisión de custodia, también otras medidas impuestas a la persona interesada que, por su tipo, duración, efectos y modalidades de ejecución, le privan de libertad de forma similar a la privación de libertad.

¹⁹ No obstante, como ha señalado el Abogado General, “las disposiciones de la Decisión marco relativas a la situación posterior a la entrega rara vez han sido objeto de una decisión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales”.

²⁰ CJEU, C-327/18 PPU, RO de 19 de septiembre de 2018, op. cit. 57: concluyendo que los derechos invocados por Rumanía “en estos ámbitos están cubiertos, esencialmente, por la legislación nacional del Estado miembro emisor, independientemente de la retirada de dicho Estado miembro de la Unión”.

establecidos en el artículo. 4 CFREU “protegidas por las disposiciones del Derecho interno en casos no sólo de entrega, sino también de extradición, no están subordinadas a la aplicación de la Decisión marco en el Estado miembro de emisión” y que, previa verificación por el órgano jurisdiccional remitente, “no existen elementos tangibles que demuestren que RO se vea privada del derecho a invocar estos derechos ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro tras la retirada de este último”²¹.

En conclusión, tal y como afirma el **Abogado General**, **para decidir si se ejecuta una orden de detención** europea es necesario que la autoridad judicial de ejecución pueda asumir que respecto de la persona que debe entregarse “el Estado miembro emisor aplicará el contenido sustancial de los derechos derivados del marco de decisión aplicable al período posterior a la entrega”, después de la retirada de dicho Estado de la Unión. Presunción de que es admisible si el Derecho nacional del Estado miembro emisor “incorpora el contenido material de esos derechos”, en particular porque participa en

²¹ CJEU, C-327 PPU, RO de 19 de septiembre de 2018, op. cit. 59. A continuación, el TJUE afirma que su análisis no se ve alterado por el hecho de que “es probable que los derechos mencionados no puedan ser objeto de una cuestión prejudicial en ausencia de un acuerdo entre la Unión y el Reino Unido”, tras la retirada. Por un lado, de hecho, la persona entregada debe tener la posibilidad de hacer valer los derechos mencionados ante un tribunal del Reino Unido, por otro, “el uso del mecanismo del procedimiento prejudicial ante el Tribunal no siempre ha estado abierto a los jueces llamados a aplicar “la orden de detención europea”: hasta el 1 de diciembre de 2014, o cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia no ha asumido la plena responsabilidad de la interpretación de la Decisión marco, mientras que esta última debía aplicarse en los Estados miembros desde el 1 de enero de 2004. Por lo que se refiere al Reino Unido, artículo 10, apartado 1. § 4 y 5 del Protocolo n.º. 36 sobre las disposiciones transitorias: sobre esta base, el Reino Unido ejerció su derecho de no adhesión y comunicó al Presidente del Consejo que, en relación con los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no aceptaba las competencias de las instituciones de la Unión Europea. Sin embargo, posteriormente, el Reino Unido expresó su voluntad de participar en 35 medidas a las que había decidido no adherirse: entre ellas figuraba la Decisión marco sobre la orden de detención europea y, por consiguiente, a partir del 1 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia es competente para decidir sobre las cuestiones planteadas por el Reino Unido en relación con esta Decisión marco.

convenios internacionales, como el CEDH y el Convenio Europeo de Extradición de 1957, incluso después de su retirada de la Unión. De ello se deduce que sólo “en presencia de elementos concretos que prueben lo contrario” las autoridades judiciales encargadas de la ejecución pueden negarse a ejecutar la orden de detención europea.

Por otra parte, en la UE, la experiencia ha demostrado que formar parte del CEDH no siempre garantiza un grado suficiente de confianza en el sistema de justicia penal de un Estado miembro. No es casualidad que todas las directivas destinadas a reforzar los derechos y garantías de los sospechosos e inculcados en los procesos penales y de las personas buscadas en los procedimientos de ejecución de la orden de detención europea la hayan recordado en sus considerandos.

Colocando la pronunciación del CJEU en sus coordenadas temporales, se puede apreciar ciertamente porque ha proporcionado una **solución razonable** -que continuará aplicándose hasta la retirada efectiva del Reino Unido- **de un problema estructural, aunque temporal**. Otra cuestión es establecer qué escenarios se presentan en el futuro.

IV. Escenarios futuros

Dentro de la historia que la prensa diaria define comprensiblemente como “caos Brexit”, llama nuestra atención la cuestión de los procedimientos de cooperación judicial en materia penal sobre el sistema de la orden de detención europea.

Al releer las conclusiones del Abogado General en el asunto RO tiene un cierto efecto, con la retrospectiva, la prosa imaginativa de Maciej Szpunar: “No sabemos casi nada de la futura relación jurídica entre la UE y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”. Mirando el procedimiento descrito en el arte. 50 TEU, resumió de la siguiente manera: A falta de “un acuerdo de retirada, en general, y de normas detalladas sobre el procedimiento de entrega o extradición entre la Unión y el

Reino Unido, en particular, el plazo de dos años sigue siendo de la notificación” (29 de marzo de 2019), mientras que “el resto está escrito en las estrellas”.

Y no parece que las estrellas sean las de la bandera europea²². En sus observaciones finales, por tanto, el Abogado General reiteró: “Brexit es un país desconocido bajo el perfil de la legislación de la UE. Poco se sabe sobre los acuerdos que tendrán que intervenir entre la UE y el Reino Unido después del 29 de marzo de 2019”, tanto en general como para el sistema EAW. “Claro, después de la retirada de la Unión, la marea se retirará en un momento dado. La legislación de la UE fluirá a lo largo de los ríos y fuera de los estuarios²³.”

Otro aspecto digno de mención en las conclusiones en cuestión consistía en subrayar que no había “indicios concretos en el sentido de que las circunstancias políticas que precedieron, dieron lugar o siguieron a la notificación de retirada sean tales que no respeten el contenido sustancial de la Decisión marco y los derechos fundamentales consagrados en la CDFREU²⁴.” El Abogado General, para corroborar su declaración, se refirió a la carta de la Primera Ministra Theresa May al Presidente del Consejo Europeo de 29 de marzo de 2017 como parte de la notificación de la intención de retirarse de la Unión, en la que se subrayaba que deseaba “garantizar que Europa siga siendo fuerte y próspera y sea capaz de transmitir sus valores, asumiendo un papel de liderazgo a nivel mundial y protegiéndose contra las amenazas a la seguridad” y que desea que “el Reino Unido, a través de una asociación especial y profunda con la

²² Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, op. cit. 49 (para la referencia a la existencia, en ese momento, sólo del texto de un proyecto de acuerdo, “publicado por el grupo de trabajo de la Comisión Europea para la preparación y desarrollo o conducción de negociaciones con el Reino Unido “de conformidad con el artículo 50 del TUE”).

²³ En cuanto a la matriz de la imagen del “río”, está tomada del “difunto Lord Denning”, quien “declaró en la sentencia *HP Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors*[1974] *EWCA Civ 14*, que, “Cuando se trata de asuntos con un elemento europeo, el Tratado es como una marea creciente. Desemboca en los estuarios y sube por los ríos. No se puede contener”.

²⁴ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, op. cit. 65.

Unión Europea, desempeñe plenamente su papel con el fin de alcanzar estos objetivos”.

De hecho, en el Libro “*The future relationship between UK and EU*” presentado por el Primer Ministro británico al Parlamento en julio de 2018 afirmó que el Reino Unido, con fines de prevención y protección de la seguridad, aspiraba a mantener su participación en algunos instrumentos, que “evitan que los delincuentes utilicen las fronteras internacionales para evitar la detección y la justicia, protegen contra las amenazas a la seguridad pública y protegen a los ciudadanos y a las víctimas de delitos”.

Se atribuyó una indudable relevancia, en la medida en que es de interés en este caso, al sistema de la orden de detención europea, dado que “la rápida extradición de individuos para asegurar que sean enjuiciados o cumplan penas de prisión es una herramienta vital para impartir justicia y ayudar a mantener seguras a las comunidades”. Se reconoció que la orden de detención europea “ha simplificado el proceso de extradición para que sirva como sentencia para una condena existente”. En el libro mencionado se recordaba que en el Reino Unido, desde abril de 2009, más de doce mil personas habían sido detenidas y que, por cada persona detenida a raíz de una orden de detención europea emitida por el Reino Unido, ocho personas habían sido detenidas en el Reino Unido sobre la base de una orden de detención emitida por otros Estados miembros. Por lo tanto, habiendo establecido que los tratados de extradición estipulados con terceros países no alcanzaban niveles de eficiencia equivalentes a los de la orden de detención europea, el Reino Unido mostró interés en alcanzar un acuerdo con la UE que permitiera volver a utilizar el mecanismo después de la retirada, de los procedimientos de entrega con implicaciones paradójicas en cierto modo en la era posterior a la de Brexit, bien consideradas en la doctrina.

Además, el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte de la UE y de la Comunidad Europea, aprobado por el Consejo Europeo el 25 de noviembre de 2018,

ahora adaptado tras la prórroga concedida al Reino Unido el 11 de abril de 2019 y reeditado, se basa en otras posiciones. Considerando que el Acuerdo, de tener éxito, se beneficiaría de un período de transición que comenzaría desde la fecha de entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020 y que durante este período la legislación de la UE se aplicaría al Reino Unido, a menos que se acuerde otra cosa. También se afirma que la Decisión marco sobre la orden de detención europea “se aplica a las órdenes de detención europeas si la persona buscada fue detenida antes del final del período transitorio con el fin de ejecutar una orden de detención europea, que la autoridad judicial de la ejecución decide mantener detenida o poner en libertad a la persona buscada”. Pero, según el art. apartado 3 del Acuerdo, se establece que, en el momento de la notificación escrita de la conclusión de los procedimientos internos necesarios, la Unión podrá declarar excepciones inherentes a los principios fundamentales de su Derecho nacional, que durante el período transitorio las autoridades judiciales de la ejecución de dicho Estado miembro podrán negarse a entregar a sus ciudadanos al Reino Unido que esté en vigor una orden de detención europea “.

En este caso, el Reino Unido “podrá declarar, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la declaración de la Unión, que sus autoridades judiciales competentes pueden negarse a entregar a sus propios ciudadanos a ese Estado miembro”. Además, en una carta se establece que la Decisión marco 2009/829/JAI se aplica “a las decisiones sobre medidas cautelares recibidas antes del final del período transitorio por la autoridad central o la autoridad competente del Estado de ejecución, o por una autoridad del Estado de ejecución que no sea competente para reconocer la resolución pero que la transmita automáticamente a la autoridad competente para su ejecución”²⁵.

²⁵ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo

En la Declaración Política que define el marco de las **futuras relaciones entre la UE y el Reino Unido**, en el punto 84 se afirma que las futuras relaciones “deberían incluir **acuerdos en tres áreas de cooperación**:

- a) Intercambio de datos;
- b) cooperación operativa entre las autoridades policiales y
- c) cooperación judicial en materia penal; lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

Centrándose en la segunda de estas áreas, las partes “reconocen la importancia de facilitar la cooperación operativa entre las autoridades judiciales y policiales del Reino Unido y de los Estados miembros y, por lo tanto, trabajarán conjuntamente para definir los términos de la cooperación del Reino Unido a través de Europol y Eurojust”; y, a continuación, formulan observaciones que las partes “deberían establecer acuerdos efectivos basados en procedimientos y términos racionalizados que permitan al Reino Unido y a los Estados miembros entregar a los sospechosos y a los condenados de forma rápida y eficaz, con la posibilidad de derogar el requisito de la doble incriminación, y determinar la aplicabilidad de tales acuerdos a sus propios ciudadanos y en caso de delitos políticos”²⁶.

Sin embargo, hay que recordar que en el ámbito europeo nos preparábamos para cualquier eventualidad, por lo tanto también en la recesión del Reino Unido sin acuerdo, un espectro que se ha cernido sobre Brexit en los últimos acontecimientos. En un documento de la Comisión la cooperación judicial en materia penal también fue obviamente abordada y, en la medida en que se refería específicamente a la orden de detención europea se predijo el posible retorno a la disciplina en materia de extradición.

a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

²⁶ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

Si tras la última prórroga solicitada por el Reino Unido y las determinaciones ya mencionadas del Consejo Europeo extraordinario de 10 de abril de 2019, se ratificara el acuerdo de retirada, se preveía la posibilidad de un acuerdo especial entre la Unión Europea y el Reino Unido, de conformidad con el acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega²⁷ relativo al procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la UE, Islandia y Noruega.

El acuerdo, que entrará en vigor “el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que el Secretario General del Consejo de la UE compruebe el cumplimiento de todas las formalidades requeridas para la expresión del consentimiento de las partes del acuerdo”. Aunque se inspira en las normas resultantes del texto original de la Decisión marco sobre la orden de detención europea, todavía contiene referencias residuales a perfiles típicos de la disciplina de extradición.

En cuanto al delito político, la norma según la cual la ejecución no puede denegarse por el hecho de que el Estado de ejecución pueda considerar que el delito es un delito político sólo puede aplicarse en relación con determinados delitos atribuibles a la matriz terrorista. Del mismo modo, la entrega de los ciudadanos sólo puede denegarse o autorizarse en determinadas condiciones y se mantiene la participación de la autoridad política. Sin embargo, el acuerdo presenta algunos aspectos de interés, como la constante actualización de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y

²⁷ Véase, por ejemplo, Brexit: *Futuro de la seguridad y cooperación policial entre la UE y el Reino Unido*. En los puntos 129 a 133 se examinó el acuerdo celebrado entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega como alternativa a la orden de detención europea con lo que se pusieron de manifiesto los aspectos positivos y negativos; sin embargo, en el punto 141 se concluyó que: “la vía más prometedora que puede seguir el Gobierno puede ser la de seguir el precedente establecido por Noruega e Islandia y buscar un acuerdo bilateral de extradición con la UE que refleje en la medida de lo posible las disposiciones de la orden de detención europea”, al tiempo que lamenta que el acuerdo en cuestión, firmado diez años antes, aún no haya entrado en vigor, porque: “una laguna operativa entre el cese de la aplicación de la orden de detención europea y la adecuada entrada en vigor de una nueva orden de detención europea supondría un riesgo inaceptable”.

de los tribunales islandeses y noruegos competentes en relación con las disposiciones del acuerdo, así como la revisión común del acuerdo en un plazo de cinco años a partir de su entrada en vigor. Por el contrario, la solución de las controversias relativas a la aplicación o interpretación del propio acuerdo es de carácter intergubernamental y no judicial (art. 36 del acuerdo)²⁸.

Si no se siguiera el procedimiento de acuerdo específico, una vez que el Reino Unido se convirtiera en un tercer Estado, no quedaría más remedio que volver a la disciplina de la extradición, regida por el Convenio del Consejo de Europa de 1957, ratificado por todos los Estados miembros de la UE, y de la que el Reino Unido seguiría siendo parte. Esta elección constituiría sin duda un “revés” con respecto al mecanismo de la orden de detención europea, aunque el CJEU también ha dado pasos innovadores importantes en este frente. En el caso *Petruhhin*, de hecho, los tribunales luxemburgueses han resuelto dos cuestiones que prohíben toda discriminación basada en la nacionalidad y prevén el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Si una solicitud de extradición es presentada por un tercer Estado con el que el primer Estado miembro ha celebrado un acuerdo de extradición, este último deberá informar al Estado miembro del que sea nacional la persona de que se trate y, si fuera necesario, a petición de este último Estado miembro, entregarle a dicho ciudadano con arreglo a lo dispuesto en la Decisión marco sobre la orden de detención europea. En el caso concreto, el Sr. *Petruhhin*, ciudadano estonio, había sido detenido en Letonia y el Fiscal General de la Federación de Rusia había presentado una solicitud de extradición contra él, con la que la UE no tiene ningún acuerdo de extradición.

En opinión del CJEU, a falta de disposiciones legales de la UE que regulen la extradición entre los Estados miembros y un

²⁸ En efecto, el litigio “podrá ser sometido por una de las partes a los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea y de Islandia y Noruega reunidos a efectos de su composición en un plazo de seis meses”.

tercer Estado, es **necesario aplicar todos los mecanismos existentes de cooperación** y asistencia mutua en materia penal en virtud del Derecho de la UE con el fin de proteger a los ciudadanos europeos contra las medidas que puedan privarlos de la libre circulación y de los derechos de residencia, “luchando al mismo tiempo contra la impunidad de los delitos”. El Estado miembro de acogida no está obligado a conceder al ciudadano de otro Estado miembro la misma protección contra la extradición concedida a sus propios ciudadanos en su territorio, sino que, cooperando con el Estado miembro del que es ciudadano, el interesado “actúa de manera menos perjudicial para el ejercicio del derecho a la libre circulación, evitando al mismo tiempo, en la medida de lo posible, el riesgo de que el delito perseguido permanezca impune”.

Además, al resolver otra cuestión preliminar, el CJUE ha declarado que si un Estado miembro recibe una solicitud de un tercer Estado para la extradición de un ciudadano de otro Estado miembro el primero debe verificar que la extradición no menoscaba los derechos a los que se refiere el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en virtud de la cual nadie puede ser extraditado.

En conclusión, el Reino Unido, transformado en un tercer Estado debería garantizar los derechos fundamentales para garantizar que sus solicitudes de extradición dirigidas a un Estado miembro de la UE sean aceptadas; una protección similar a la establecida en la CDFUE, tal y como la interpreta la CJUE.

Pero, por las razones ya señaladas, la mejor manera de avanzar es celebrar un acuerdo entre el Reino Unido y la UE²⁹, en el que se transfieran, en la medida de lo posible, las disposiciones de la Decisión marco sobre el mandato del euro.

²⁹ V. MITSILEGAS, ¿el derecho penal europeo sin el Reino Unido? La triple paradoja de brexit, op. cit., “los acuerdos UE-Reino Unido sobre diversos aspectos de la cooperación en materia de justicia penal” son “los más deseables en términos de garantizar la seguridad jurídica, el establecimiento de una igualdad de condiciones a escala de la UE para el Reino Unido, y la eficiencia operativa en la medida en que tienen el potencial de mantener la posición del Reino Unido lo más cerca posible de su posición actual como Estado miembro de la UE”.

Una sensata cantidad de violencia: La aceptación de las prisiones como síntesis de la actual sensibilidad acerca de la violencia

*Jackson Silva Leal*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 531-555

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e318>

I. Introducción

Este artículo busca abordar la cuestión de la cantidad de violencia que la sociedad acepta tener en su medio. Con ese objetivo, se presenta la discusión desde un planteamiento culturalista, como expuesto por David Garland, quien propone que las condicionantes estructurales materialistas según la teoría marxista, o incluso la fenomenología del poder encontrada en el abordaje *Foucaultiano* no son capaces de abarcar la grandeza de la complejidad social, y se toma la violencia como resultado de un proceso social y su correlata incapacidad de comprender la completud de la dinámica de funcionamiento de la violencia en las sociedades modernas desarrolladas.

Este trabajo surge desde una reflexión encontrada en la última obra de Nils Christie, en Brasil intitulado *Uma Razoável Quantidade de Crime* (2011), y que apunta, en síntesis, que las sociedades modernas tienen la cantidad de delitos o de encarcelamiento que se proponen a tener, y que incluso esas dos variables no son dependientes, sino resultantes de lo que

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

se permiten tener como definiciones de crimen y del tratamiento que aceptan darle a esa definición – la prisión –, simplificando, la selectividad de determinados comportamientos transformados en tipificación criminal y entre tantas respuestas a esas conductas, la opción por la prisión como una reacción razonable a dichas conductas.

En la misma línea, David Garland en 1990 publica la premiada obra intitulada *punishment and modern Society* que sintetiza e sumaría algunas de las principales matrices teóricas a orientar las ciencias criminales y criminológicas con alguna perspectiva crítica, como la matriz estructuralista *durkheimiana*, la materialista *marxiana*, la fenomenológica *foucaultiana*, para entonces llegar a la defensa de la culturalidad en Norbert Elias, donde se aborda la idea de sensibilidad en relación a la cuestión criminal y a la violencia. Siguiendo la misma senda, desde un planteamiento culturalista, la reciente obra traducida en Brasil de Alejandro Alagia intitulada *Fazer Sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*, presenta la pena constructo cultural de la idea de sacrificio, tenido como necesario para el mantenimiento de la organización social (2018).

En ese sentido, este trabajo busca rescatar esas contribuciones para exponer la contemporaneidad y el cotidiano de violencias que la criminología ha categorizado como violencia institucional, en el caso de las prisiones, o incluso injertados en la idea de sistema penal subterráneo, en el caso de la violencia penal ilegítima, aunque parte del sistema ordinario de control social.

Se utiliza ese marco teórico desde un abordaje cultural en relación a la percepción acerca de la violencia y del sufrimiento, para plantear algunos elementos del novel proyecto de ley (paquete) anticrimen formulado por el entonces ministro de Justicia Sergio Moro, observándose especialmente su impacto en dos elementos de especial interés para este trabajo – el encarcelamiento y la actuación policial.

Metodológicamente, este trabajo se presenta como un esfuerzo teórico reflexivo desde una investigación bibliográfica

con perspectiva analítica, cuyo objetivo es contribuir con aportes teóricos, en cuanto herramientas analíticas, para comprender complejamente la cuestión de la violencia y la actuación del sistema penal moderno, especialmente en su aspecto estructural e institucional.

El objetivo de este trabajo es aportarle nuevas y alternativas comprensiones al materialismo en relación a la cuestión criminal, que no se sustituyen mutuamente, pero que congregadas permiten un análisis y una interpretación ampliada del proceso punitivo y de la realidad de la violencia institucional orquestada y legitimada por la actuación estatal.

II. Un marco teórico culturalista y apuntamientos sobre la aceptación de la violencia –de Nils Christie a David Garland

La importante obra de David Garland intitulada *Castigo y Sociedad Moderna* (1999), en la que el autor aborda los principales marcos teóricos a orientar un análisis crítico dentro de las ciencias criminales, señala que a partir de la comprensión del castigo (pena), es necesario plantear algunos interrogantes: ¿Qué tipo de poder? ¿Está autorizado? ¿Se necesita apoyo popular? ¿Qué tipo de contenido valorativo transmite? ¿Qué objetivos tiene y cómo se forma? ¿Qué tipo de cultura y sensibilidad lo sostiene? Esos cuestionamientos formulados por Garland (1999) ayudan en el desarrollo del presente trabajo desde una perspectiva culturalista.

Con ese planteamiento y desde esos interrogantes, Garland propone un entendimiento de la violencia partiendo de la perspectiva cultural y como un análisis alternativo a la perspectiva materialista marxista, donde las posibles respuestas podrían ser formuladas como: del poder de clase y del capital, cuyo sustento sería la desigualdad frente a la dinámica de producción. Y frente a la estructura de valores subyacente se colocaría la cuestión del acúmulo de capital y la lógica competencial, sirviéndole a la violencia penal tanto como gestor de esa desigualdad, así

como mecanismo de absorción de la ideología del capital y del trabajo. Para Garland, esto no es suficiente en cuanto explicación para recurso a la violencia, así como tampoco lo es el abordaje *foucaultiano* en lo tocante al poder como forma de control de los cuerpos, y de control mediante un saber “impuesto” para docilización/normalización.

En ese sentido, pasa a abordar la violencia a partir de lo que entiende por sensibilidad a la violencia desde un marco teórico cultural, que define como:

En su aspecto cognitivo la cultura se refiere a todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias que los humanos usan para construir su mundo y representarlo de manera ordenada y significativa. Abarca la serie completa de fenómenos materiales, simples y complejos, elaborados y desarticulados, de manera que las filosofías, las ciencias y las teologías queden incluidas junto con las cosmologías tradicionales, los prejuicios populares y el simple sentido común. Igual sucede con los esquemas normativos del gusto, la moda, los buenos modales y la etiqueta, que no están fuera de la cultura, como tampoco lo están los sistemas desarrollados de ética, justicia y moralidad. Estas mentalidades o modos de pensar tienen, a su vez, estrecha vinculación con las formas de sentimiento y sensibilidades, de manera que los aspectos cognitivos de la cultura se vuelven inseparables de su dimensión afectiva. Así, por ejemplo, las mentalidades científicas y racionales tienden a alentar una objetividad de sentimientos, desapasionada y autocontrolada [...] (GARLAND, 1999: 229)

Con ese concepto, Garland (1999) trabaja una interpretación del desarrollo occidental de las penas que difiere del discurso liberal iluminista que señalaba la racionalidad y la humanidad como habiendo sido las orientadoras de los reformadores como Beccaria, Bentham o incluso Stuart Mill. Para él, la violencia institucional²

² Para eso es necesario tener en mente que la prisión y la actuación del Estado en cuanto control social se constituye en una dinámica de violencia, como define Rosa del Olmo cuando

(de las penas) no cambió a partir de una preocupación humanitaria, tampoco gracias al desarrollo racionalista, sino a partir de la idea de sensibilidad a la violencia, que se da de acuerdo con personas (en cuanto organización cultural) situadas en lugar y tiempo, y cómo están habituadas a la violencia, o sea, cuánto su cultura acepta (o incluso permite) de violencia.

Contrariando el argumento de la civilidad de las penas, Garland apunta que la penalidad/punición se presenta como respuesta (violenta) y orientada por el temor, la hostilidad, la agresión, el odio o, por otro lado, la piedad, la compasión y el perdón (serían algunos elementos de manifestación cultural) (Garland, 1999).

Alejandro Alagia (2018) en *Fazer Sofrer* señala, desde un rescate antropológico de las penas y de la violencia, que el recurso a la violencia punitiva se constituye en una dinámica sacrificial de un cuerpo para el mantenimiento y cohesión social en torno a determinados valores; no siendo natural, pero culturalmente identificado que sobre determinadas conductas y personas recaiga la furia punitiva para que la comunidad se mantenga. Eso desde las más variadas formas culturales y sus exculpaciones de matriz religiosa (transcendentales), incluyendo a la sociedad cristiana occidental. Como escribe Alagia “la destrucción de algo, de alguien o de un grupo puede satisfacer y ocupar el lugar de los verdaderos culpables en la crisis de existencia del orden social. Una vida menos preciosa se ofrece y se acepta, en lugar de otra” (ALAGIA, 2018: 42).

Se puede añadir también la organización social resultante del iluminismo y su culto a la racionalidad y al supuesto humanismo, pero sobre todo la obediencia a determinados valores

apunta la existencia de las violencias **institucionales** operadas por las instituciones de control estatal en su ejercicio ordinario o subterráneo de actuación o además la violencia **estructural** como resultante de una lógica de organización social basada en la sumisión y el sufrimiento de determinado grupo de personas como resultado del simple y regular funcionamiento, para allende la recurrente y perseguida **violencia interpersonal**, sobre todo la de la calle (*street crime*) que demarca su condición de vulnerabilidad social y de clase (1979).

sociales y la necesidad de mantenimiento de la comunidad en torno al discurso de la libertad. A esto Zaffaroni (2011: 38) lo llamó “el secuestro de Dios” y que resulta en el proceso de culto sacrificial técnicamente operado y reglamentado por el racionalismo estatal en la defensa de la sociedad (el proceso penal y la pena técnicamente administrada) y de sus valores de convivencia, erigiéndose la privación de la libertad como el sacrificio de algunos elegidos en beneficio y culto a la libertad de los demás pertenecientes a la sociedad liberal.

Lo que más tarde la criminología señalaría como selectividad del sistema penal, Alagia plantea como fueron construidos tal como cuerpos pasibles de sacrificio:

El ser humano sacrificable tiene que reunir las condiciones de vulnerabilidad al poder punitivo – delincuentes, prisioneros de guerra, esclavos, niños, adolescentes solteros, tarados, deyectos de la sociedad –, pero también en casos excepcionales el *big man* en las sociedades igualitarias, lo que viene a demostrar la semejanza del sacrificio con la selectividad penal. Las víctimas sacrificables son seres que pertenecen muy poco a la sociedad (ALAGIA, 2018: 59-60)³

A partir de ahí, se puede identificar que las penas corporales y ejecuciones, lejos de ser manifestaciones de cierta definición de brutalidad de un pueblo, se presentan a partir de esos sentimientos de aceptación y normalidad de la violencia en cuanto respuesta (estatal) a los conflictos y problemas sociales. Así, señala que la asistencia de los flagelos y las ejecuciones en público se hacían como rutina para determinada organización social, y con el cambio de las relaciones y sentimientos culturales, empezaron a ser vistos como manifestación poco civilizada, o incluso poco refinada del uso de la violencia. Razón por la

³ Zaffaroni en respuesta a la obra Derecho Penal del Enemigo de Günther Jakobs trabaja con la definición de enemigo desde Carl Schmitt como *hostiles*, como sujeto que carecía de derechos y estaba fuera de la comunidad. Para saber más, ver: ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

cual pasaron a espacios públicos (escondidos) lejanos de los ojos y de los sentimientos populares, desplazándose para dentro de las prisiones, detrás de los muros. Escribe el autor:

En sustitución a estos espectáculos públicos se ha desarrollado toda una red de instituciones cerradas, como cárceles, reformatorios y separos policiacos, que se encuentran literalmente detrás del escenario, y que permiten delegar el castigo a especialistas cuyas actividades se esconden tras altos muros. (GARLAND, 1999: 274)

Importante subrayar, si es que se hace necesario, que el sufrimiento y el suministro de dolor como pena, no había sido interrumpido con el pretense fin de las penas corporales, y que la prisión consiste en su sustitución, manteniéndose como aflicción física que ultrapasa la mera privación de la libertad, siendo locus de un proceso de sufrimiento tanto físico como mental.

Sin embargo, la privación de la libertad proporcionó que ese sufrimiento fuera escondido, y se mantuviera lejos de los ojos y de los sentimientos públicos, no activando, entonces, el sentimiento de indignación y no alcanzando la sensibilidad cultural acerca de la violencia⁴.

Frente a eso, recoloca las cuestiones anteriormente formuladas de la siguiente manera: ¿cómo y porqué las políticas de punición transmiten significado? ¿A qué públicos se dirige y qué tipo de significado esa forma de violencia transmite? y ¿porqué el castigo y su violencia siguen siendo una institución social validada? (GARLAND, 1999).

⁴ Complementa Garland acerca de la violencia producida por las instituciones de control social, en especial la prisión: "al provocar dolor en seres humanos – ya sea mediante métodos crudos como la flagelación o en formas más elaboradas como la descarga eléctrica –, siempre se percibe la evidencia inmediata del sufrimiento, y la brutalidad implícita es inevitable. La mueca del dolor o el grito de agonía anuncian el acto de violencia y lo hacen visible; mientras que la angustia mental y el deterioro paulatino de un reo son mucho más difíciles de observar y más fáciles de olvidar. La diferencia crucial entre los castigos corporales prohibidos y otras formas punitivas – como el confinamiento –, que se usan de modo rutinario no es un asunto de niveles intrínsecos de dolor y de brutalidad implícita; es una cuestión de la forma que adopta esa violencia y el grado en que perturba la sensibilidad pública" (GARLAND, 1999:284).

Esos interrogantes parecen fundamentales para comprender como el uso de la violencia se constituye en forma de gestión social especializada (administrada técnicamente) y dentro del marco del discurso humanitario o incluso racional, que habría surgido justamente como forma de ponerle fin a la supuesta era de la brutalidad.

La respuesta a esos interrogantes hace resurgir la contribución encontrada en el último libro de Nils Christie (2011), donde el autor propone ¿qué sería una sensata cantidad de delito?, y, por consiguiente, ¿una sensata cantidad de pena/punición?, para señalar, en primer lugar, que el crimen no existe, como ya lo había dicho Howard Becker (2008), sino apenas una forma específica de tratamiento para determinadas conductas y personas específicas, de entre tantas posibilidades de lidiar con tales hechos, sucesos y sujetos la definición de crimen no es nada más que una atribución de sentido.

Si la pena infamante corporal y pública se constituía en la forma de exposición del sujeto y de la conducta indeseada, la prisión, el rótulo y clasificación de los crímenes operada por la legislación penal y por el tratamiento penitenciario se constituyen en las nuevas formas de elección/selección de enemigos y de transmisión de significado ejemplarizante; mediante, además, el suministro de dolor y sufrimiento. Si la brutalidad del enemigo era medida por la cruda y grotesca pena aplicada físicamente, actualmente la importancia del enemigo se presenta proporcionalmente en el tiempo de privación de la libertad como medida (y en su espectro de maldad proporcional), así como en la informal justificación de los sufrimientos incluidos en ese tiempo de privación y condiciones de vida intramuros como parte del proceso de castigo, disuasión y reforma (SYKES, 2017).

Así se constituye la importancia de la prisión para la sensibilidad a la violencia, pues no se trata de un ciudadano que es objeto de actos violentos técnicamente orquestados por el Estado, sino simplemente del alejamiento racional y aséptico de una amenaza al convivio social; aunque ese sentido atribuido sea lo mismo que decir que la prisión es la continuación de la

brutal violencia de la pena corporal, técnica y métricamente dirigida por el Estado sobre los cuerpos de quienes define (y construye socialmente) como enemigos⁵.

Para allende la función del enemigo, se vuelve a Garland cuando aborda la transcendencia de la cultura del castigo para la sociedad moderna en cuanto constructo sociocultural. En esa línea, el autor plantea que el proceso de definición y direccionamiento de toda la estructura de control social no se dirige apenas hacia la figura del elegido enemigo, pero a toda organización social, sean ellas personas o instituciones, quiere decir, castigados, castigadores, platea y mercado.

Por eso habla de público inmediato, que dice respecto a los tornados delincuentes, obviamente; pero no apenas a ellos se les implica directa e inmediatamente con la actuación del sistema penal, sino también a toda la gama de profesionales incumbidos de tal función. De la misma forma que el sistema penal y toda la dinámica de control social demanda conductas positivas o negativas en un escudriñamiento comportamental. Los agentes del sistema están sometidos a tal control, a partir de un imperativo de actuación y de símbolo moral que molda sus comportamientos desde dentro de las instituciones a las que pertenecen; produciendo de esa manera su comprensión sobre el crimen, criminalidad, violencia y control.

Es la dinámica performativa del sistema penal produciendo por un lado los criminalizados, y por otro los controladores que necesitan obligatoriamente el uso de la fuerza/violencia frente a una retórica de guerra. De acuerdo con la acepción ofrecida por

⁵ Acerca de la función que cumple la figura del enemigo, aclara Nils Christie: “Un enemigo dulce y pacífico no es un buen enemigo. Malo y peligroso es lo que el enemigo debe ser, y fuerte. Fuerte lo suficiente para rendir buenas honras y deferencia al héroe que regresa a su casa de la guerra. Pero no tan fuerte que le impida al héroe su regreso. El retrato del enemigo es un importante elemento en la preparación para la guerra. [...] La percepción de otra persona como monstruo, completamente desprovista de humanidad, facilita que se ignoren ciertas reglas básicas sobre como relacionarse con otras personas, en cuanto seres humanos. La noción de que monstruos existen es peligrosa para todos, pero especialmente para aquellas personas, entre nosotros, responsables por la tarea de controlar el comportamiento de las otras personas” (CHRISTIE, 2011: 69; 149).

Garland (2009) esa sería la clientela directa del sistema penal como denomina Zaffaroni (2013).

Sin embargo, añade además al público mediato, o incluso secundario, pero no menos importante, sobre todo en la lógica de funcionamiento y circulación de las representaciones penales en la actualidad de la estructura social informacional, en este momento cuando la información se constituye en mercadería, y la problemática del crimen se erige en cuanto producto.

En ese sentido es que la significación criminal se dirige al público específico de los definidos criminales y controladores, como también al público en general como una dinámica o instrumento de disuasión (o además como prevención general como diría la retórica penal clásica); o simplemente control de comportamientos (y modulación de subjetividades), mediante una división social maniqueísta entre el “nosotros” y “ellos”, teniendo como divisor esa pauta de conducta delimitada por la vulnerabilidad al proceso (sacrificial) de criminalización.

Esa difusión de las significaciones penales le permite a Garland dividir en tres matices los efectos performáticos del control penal, primero, la autoridad social; segundo la definición del propio sujeto y tercero, una comprensión de las relaciones sociales.

Primero respecto a la *autoridad social*, que permite y autoriza el uso de la violencia y el permanente acto de censura y control de las conductas (o incluso de la propia existencia), aunque se trate pretensamente de un gobierno técnico, y que la ley se preocupe, en tesis, con hechos y la externalidad de conductas (fase de ejecución del *iter criminis*), la naturalización del Estado y sus agentes como guardián del contrato (defensa) social hace que este control se extienda a la esfera moral (o incluso cultural) de acuerdo con los patrones culturales y los estándares tradicionales.

Se habla de la circulación de significados penales, de bien y mal y así siendo, esa autoridad social es absorbida e introyectada tanto por los juzgadores estatales (desde policías a

magistrados), como también cala en todo sujeto que se identifique del lado maniqueísta pretensamente del “bien”, y así reproduce los juicios sociales, morales que le son posibles en términos de comprensión de la realidad social transmitida. Así escribe Garland:

en el proceso de castigar las instituciones penales manifiestan (y autorizan) políticas para culpar, determinar responsables y fijar responsabilidades. Tácitamente las aplican como modelos o ejemplos, mostrando como deben responsabilizarse la conducta y las personas por quien y bajo que términos. (GARLAND, 1999: 308)

En síntesis, la difusión de los significados penales, o de la simbología valorativamente cargada del sistema penal y de la punición permite que se identifique en cada sujeto un lado temiente y obediente a las normas, al mismo tiempo que un potencial y legitimador juzgador social de turno.

En ese sentido, la descripción/construcción del sujeto individual, como segundo elemento, en la medida en que, a través de la difusión de los símbolos penales y de su carga simbólica, que se difunde por medio de la actuación de las instituciones, se yergue una imagen de individuo, se construye un modelo de subjetividad, un patrón de moralidad, de comportamiento, un patrón de normalidad y existencia que se forja desde los discursos punitivos oriundos de la ley y de la autoridad, fundados en orientaciones religiosas, morales, meramente técnicas, o incluso utilitaristas.

Garland (1999) señala que así se forma el Yo del sujeto, bajo normas e interdictos penales o en una brevísima síntesis “no es solo el criminal quien es interpelado por los símbolos de la penalidad, también la identidad del ciudadano respetuoso de la ley se deriva, en parte, del mismo marco simbólico” (GARLAND, 1999: 314).

En tercero, una comprensión de las relaciones sociales demarca la organización social como resultante del encuentro fortuito de individuos que se relacionan a partir del control y

de los límites de lo correcto y lo equivocado, de lo permisible y de lo tolerable, desde los signos penales difundidos, o sea, las relaciones sociales se hacen como una red de reglas de prohibición y juicios sociales. Garland argumenta que las significaciones de la penalidad asumen el lugar y simbolizan las relaciones sociales, no apenas su naturaleza, pero su extensión y calidad; reduciendo su cumplimiento a los patrones establecidos de mero agresor x víctima, de infractor x instituciones (Estado y la simbología de la infracción al contrato social). O como Nils Christie escribió tiempos antes, “nuestro destino en la sociedad moderna es vivir entre extraños. Esta es una situación particularmente apropiada para otorgar a los actos indeseados el significado de delitos” (2011: 27).

Ese tipo de relación (artificial) construida y controlada por la ley y de acuerdo con las significaciones por estas impuestas y difundidas por las instituciones y discursos penales, proporciona un terreno fértil para el mantenimiento de la lógica de sumisión a su simbolismo; de manera que la ley penal y sus discursos y símbolos construyen la vida social desde sus parámetros relacionales basados en lo interdicho y en la compensación/castigo. Christie por su parte concluye “[pues] entre personas que se conocen, es menos natural aplicar categorías criminales” (2011: 107).

En otras palabras, necesitamos una forma enriquecida de pensamiento penitenciario que considere la penalidad como una institución por medio de la cual la sociedad se define y expresa al mismo tiempo y por los mismos medios en que ejerce el poder sobre los trasgresores (GARLAND, 2009: 336)

Este escenario que proporciona el sentido utilizado de sensata cantidad de delito propuesto por Christie (2011) teniendo en cuenta como una construcción artificial de la cultura en cuanto respuesta simbólica a determinados hechos y personas; de la misma forma la cantidad aceptada de violencia, trabajada por Garland (1999), una vez que la cultura del delito/pena/culpa/retribución fomentada induce a una lógica de recurso a

la violencia; se acepta la caracterización de personas y hechos como crimen, y el uso de la violencia como respuesta. Haciéndose una violencia que se acepta socioculturalmente como derivativa de la subjetivación de la misma.

En ese sentido, para allende la cuestión conceptual, se pasa a la concreción de esa violencia recurrente en el escenario brasileño contemporáneo.

III. Una sensata cantidad de violencia: La violencia que aceptamos tener –del sistema penal subterráneo al encarcelamiento en masa–

En este punto se aborda lo que se entiende por ser una sensata cantidad de violencia en Brasil, pensando en dos de sus formas – la violencia y letalidad policial y la violencia del encarcelamiento en masa, trabajando con la categoría *sensata cantidad de delito y violencia* anteriormente propuesta y pensada desde Christie y Garland, como siendo la que es socialmente aceptada por la cultura y sensibilidad contemporánea, lo que también se analiza a seguir en términos concretos.

Se busca, a partir de la comprensión de la violencia policial y encarcelamiento en cuanto violencia socialmente aceptada, traer un planteamiento insertando el paquete de mudanzas político-criminales formulado por Sergio Moro que altera sustancialmente la lógica de funcionamiento del sistema penal como un todo, pero sobre todo asumiendo la cara del punitivismo desenfrenado de matriz (neo)clasicista con matices de (neo)positivismo.

Iniciando por la misma dinámica del primer punto, se podría pensar la realidad brasileña acerca de la violencia y su sensibilidad desde los interrogantes que conducen la construcción de la idea, sin embargo, añadiéndole un cuestionamiento: ¿porqué se tolera/acepta (y así se hace razonable) la violencia policial y carcelaria existente en Brasil?⁶

⁶ Rescatando las preguntas antes formuladas, ya que ellas son interesantes para la continuidad de la idea: ¿cómo y porqué las políticas de punición transmiten significado? ¿A qué

Parece que en la realidad brasileña sobre todo, el significado que la penalidad y la definición criminal proporcionan es la justificación a una división social existente entre trabajadores/laboriosos honestos x vagabundos; eso se da tanto desde el público blanco de la norma penal que se produce en los controladores, que introyectan esa distinción social y la insertan en su actuación; así como en el propio blanco principal de la norma penal, que es el propio sujeto que se construye en cuanto Yo, a partir de esa formulación maniqueísta y forjada desde de los estándares de la cultura y moral tradicional basada en la fe, familia y trabajo; o sea, proveniente de una moralidad, religiosidad y legalidad tradicionales (conservadoras de roles y lugares sociales) que conducen a una unidireccionalidad de valores sociales (Melossi, 2017) y a un patrón de subjetividad (normalización).

En ese sentido, se piensa que esa violencia está dirigida en la realidad brasileña, como antes dicho por Garland (1999), hacia el público inmediato, que no se encuadra en los patrones socio-culturales tradicionales y por lo tanto conforman el blanco del proceso de exterminio (en defensa de la sociedad); y también hacia el público en general, que a partir de esas definiciones sociales, políticas y culturales se definen en cuanto sujeto, o, en la cultura popular, en cuanto ciudadano de bien x vagabundo⁷. A eso que Christie (1984), ya en la década de los 80 llamaría de neoclasicismo, permeado de nuevas formas de positivismo a justificar el condicionamiento socio-biológico del sujeto en su incapacidad de adaptarse a esos patrones.

A partir de Alejandro Alagia (2018), se permite afirmar que ese neoclasicismo embriagado de neopositivismo se presenta

públicos y qué tipo de significado esa forma de violencia se dirige y transmite? Y ¿por qué el castigo y su violencia siguen siendo una institución social validada?

⁷ En ese sentido Angela Davis escribe acerca del estereotipo moral de determinados segmentos sociales, “[vagabundo] cualquiera que fuera culpable de robo, hubiera huido de un empleo, estuviera ebrio, fuera lascivo en su conducta o profiriera discurso inmoral, hubiera descuidado el trabajo o la familia, hubiera usado dinero de manera negligente y (...) todas las otras personas indolentes y revoltosas” (2018: 31).

absorbido por la creencia eminentemente ideológica, haciendo alusión al mito del vino de Dionisio, que en lo alto de su entorpecimiento permite tomar lo falso por verdadero, y así llevar a cabo una acción socialmente genocida, aceptando la violencia, la pena, el encarcelamiento como seguridad, justicia, retribución. A eso Zaffaroni lo llamó de pensamiento mágico (2013). Así escribe Alagia:

Nunca dejó de ser motivo de preocupación la razón por la cual una falsa representación de la realidad es igualmente digna de crédito, no llevándose en consideración la denuncia más bien documentada. La pena no disuade, no previene nada, no interrumpe agresiones, no resocializa, pero incluso así la ley y la doctrina interpelan al sujeto a favor de la creencia sin encontrar resistencia. ¿Qué es lo que hace con que algo falso sea vivido como verdadero? (2018: 320)

Y es justamente en esa creencia eminentemente ideológica del combate a la violencia por medio del uso pretensamente legítimo de más violencia sanadora, que se inserta el paquete de medidas penales del Ministro Moro, como si la distribución de sufrimiento fuera una condición para el mantenimiento social.

En este contexto, se permite señalar la violencia policial como una de las formas de violencia institucional, ya sea en su forma legal, o incluso en su forma subterránea, que, aunque ilegal, se constituye en práctica ordinaria de la estructura de control social dentro de una dinámica de guerra declarada contra el crimen (contra los definidos como vagabundos).

Eugenio Raul Zaffaroni y Nilo Batista ofrecen la siguiente definición de sistema penal subterráneo:

La atención discursiva, centrada en el sistema penal formal del Estado, deja de lado una enorme parte del poder punitivo ejercido por otras agencias que tienen funciones manifiestas bien diversas, pero cuya función latente de control social punitivo no es diferente a la penal, del ángulo de las ciencias sociales. Se trata de una compleja red de poder punitivo ejercido por sistemas

penales paralelos [...] este es el sistema penal subterráneo, que institucionaliza la pena de muerte (ejecuciones sin juicio), desapariciones, torturas, secuestros, robos, saqueos, tráfico de drogas, explotación del juego, de la prostitución [...] (ZAFFARONI, 2011: 69-70)

Ese es el cerne de la investigación doctoral de Orlando Zaccone (2015), demostrando como la simbología cultural del crimen/punición promueve una identidad salvacionista en el control social policial, impulsando hacia un proceso de exterminio de determinados segmentos de la sociedad identificados como enemigos. Proceso este que no es practicado apenas por los cuerpos policiales, o por los agentes policiales en específico, sino que también es sancionado por las estructuras jurídicas (magistrados y promotores) y políticas (agencias ejecutivas).

En este contexto Zaccone afirma, “si la policía es la que mata, quien echa la pala de cal es el poder público” (ZACCONE, 2015, p. 140), refiriéndose a las decenas de procesos de *autos-de-resistencia*⁸ en la Ciudad de Rio de Janeiro, bajo los cuales yacían cuerpos (negros matables), que siquiera tuvieron averiguaciones concluidas o denuncias recibidas y pese a eso, contaron con el aval del Poder Judicial y/o Ejecutivo (ZACCONE, 2015).

Dicho esto, cabe subrayar que los anteriormente citados *autos-de-resistencia* siempre se justificaron a partir de un juicio de la víctima, que puede ser identificado como un juicio social (porque vivía en lugar identificado como de tráfico), o juicio moral (siendo identificado con personas involucradas con el crimen organizado), juicio identitario y cultural (el sujeto estaba ligado a la vida del crimen y se presentaba peligroso), como llama la atención Zaccone (2015: 172) “la pertenencia al mundo

⁸ Los llamados “*autos de resistencia*” consisten en que si un policía mata a un presunto “sospechoso”, ese representante de la ley (agente policial) alega legítima defensa y declara que hubo resistencia a la prisión. Lo ocurrido se registra como “auto de resistencia” y los testigos son los propios policías que participaban en dicha acción. El crimen casi nunca será investigado. A pesar de no existir una ley específica que lo defina, el auto de resistencia tiene amparo en el artículo 292 del Código de Proceso Penal.

del crimen o al mundo de las drogas evidencia su peligrosidad y abre camino para el fundamento de la legítima defensa no del policía, pero de la propia sociedad”⁹.

Sin embargo, esos sucesos (verificados cotidianamente) que en tesis se constituyen como anómalos al funcionamiento del sistema penal, ganan la autorización y prácticamente un salvo conducto con el proyecto anticrimen de Sergio Moro, cuando altera los artículos 23 y 25 del Código Penal¹⁰, autorizando el uso de la legítima defensa como justificación por crímenes cometidos, tanto por agentes de seguridad pública, como de “ciudadanos de bien” si en condiciones de riesgo o inminente violencia, para prevenir o cesar injusta agresión o amenaza, movidos incluso por el miedo a tal. De la misma forma el cambio del artículo 309-A del Código de proceso Penal, previendo que no se procederá al arresto del agente policial o de seguridad pública, presentándose como una autorización procesual para el exterminio con el aval de la legislación penal, constituyéndose así en un verdadero consentimiento para el abatimiento de los presuntos y contruidos simbólicamente como enemigos, o delincuentes habituales e irre recuperables de que hablaba Enrico Ferri, y que rescata Sergio Moro en su proyecto.

Otra violencia que le interesa al presente trabajo, y que hace parte del cotidiano y de la cultura de la penalidad es la cuestión de la prisión y del encarcelamiento en masa, pareciendo que ya no espanta el hecho de que Brasil posea la tercera mayor

⁹ Obviamente que legítima defensa en una acepción de la técnica penal no se coaduna con la actuación del agente policial, pero sobre todo en las formas en que se encuentran los cuerpos resultantes de los conflictos: “en la gran mayoría de las narrativas de los autos de resistencia analizados, los cuerpos de las víctimas son encontrados tras el cese del tiroteo. Interesante observar que, muchas veces, heridas en la nunca, y en la espalda de las víctimas. Sin embargo, eso no parece motivar la decisión del promotor de justicia que promueve el archivamiento de las averiguaciones policiales” (ZACCONE, 2015: 166). Siendo nada más que la justificativa del juicio sumario realizado en defensa de la sociedad y desde la cultura del delito y de los signos de la pena.

¹⁰ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/projeto-de-lei-anticrime-veja-a-integra-da-proposta-de-sergio-moro.ghtml>

población carcelaria del mundo, viviendo en condiciones absolutamente inadmisibles, dentro de instituciones absolutamente deteriorantes en todos los sentidos, desde convivir sin cualquier estructura, pasando por el sometimiento diario a violencia extrema, llegando incluso a una violencia psíquica por estar confinado en lugares donde no existe siquiera un sitio para la realización de las necesidades básicas, frente a la superpoblación.

Incluso así, la comprensión social o la sensibilidad cultural frente a la violencia es llevada a creer que el sujeto dentro de la prisión es peligroso, que ellos son diferentes al “ciudadano de bien” (neopositivismo), y que solo están presos porque, al haber escogido la vida y el mundo de la delincuencia (liberalbedrío y neoclasicismo), han hecho por merecerse la punición; y por eso, necesitan penas duras, terribles condiciones de vida intramuros como contra motivación, y de trabajo (si posible forzado) como forma de adecuarlos a la vida laboriosa de todo y cualquier sujeto trabajador honesto.

A eso que se le puede llamar pensamiento mágico de Zaffaroni (2013), o la comprensión (falsa) embriagante acerca de la realidad carcelaria como ha señalado Alagia (2017), o además, según escribe Gresham Sykes, cuando habla sobre la creencia (eminentemente ideológica) en el endurecimiento del encarcelamiento a partir de una investigación realizada sobre las prisiones de seguridad máxima en Estados Unidos de América:

Primero, se sostiene que para los encarcelados la experiencia es – o debería ser – suficientemente desagradable como para disuadirlos de reincidir en el crimen en el futuro. [...] segundo, se argumenta que el encarcelamiento es importante como disuasivo, no para el individuo que ha cometido el crimen y ha sido encarcelado, sino para la gran masa de ciudadanos que tambalean en el borde entre delinquir y no hacerlo. Tercero, se afirma que el efecto disuasivo del encarcelamiento consiste en mantener a criminales conocidos temporariamente fuera de circulación, y que su principal objetivo es tenerlos tras los muros, donde al menos de momento no podrán aprovecharse de la comunidad libre (SYKES, 2017: 61)

Y ese pensamiento mágico de que habla Zaffaroni encuentra su síntesis en la prisión, y ¿contra quién se dirige esa carga de violencia? Ese fue el objeto de la investigación de Vitor Martins Pimenta (2018), en la que busca perquirir cuánto se aprisiona, quién está preso, porqué sufre el arresto, y en qué condiciones.

En esa línea, para fines de este trabajo, se toma como clientela del sistema penal a quienes sufren la violencia de los instrumentos de control social y entre ellos la prisión. Investigación realizada desde los datos consolidados del Consejo Nacional de Justicia (PIMENTA, 2018), permiten decir que quien sufre la prisión, o sea, sobre quien recae la violencia de la selectividad penal, y de la criminalización primaria y secundaria, es el hombre, joven, negro y pobre, siendo la maciza mayoría de la población carcelaria compuesta por hombres, y entre ellos, por 62% de negros, siendo además una población carcelaria inmensamente joven, con 55% de hombres entre 18 y 29 años, así como oriundos de los estratos sociales más marginalizados, estimándose desde su escolaridad, una vez que el 61% no posee la enseñanza fundamental completa (PIMENTA, 2018). Explicita Victor Pimenta:

El sistema penal opera de forma desigual, en el nivel de la criminalización primaria, al ofrecer tratamiento más riguroso para las prácticas que, en abstracto, serían más probables entre la población más pobre. Estas estadísticas poco dicen sobre la frecuencia de los delitos en la sociedad, indicando, por lo contrario, la prioridad que la represión a esa forma de delincuencia encuentra en el sistema penal, desde la actuación de la policía hasta el tratamiento otorgado por el sistema de justicia. (PIMENTA, 2018: 115)

La violencia en Brasil, como ya señalaba Alessandro Baratta (2011), se presenta como un bien (mal) desigualmente distribuido y que alcanza distintamente a los diferentes estratos sociales, recayendo especialmente sobre las clases (o grupos sociales) marginalizados en la estructura social, y partiendo de un discurso de defensa social, ese direccionamiento es justamente lo que permite el mantenimiento de esa configuración social desigual.

Volviendo al paquete Moro anticrimen y de seguridad pública, tal vez esté en el encarcelamiento su mayor impacto. Aunque el encarcelamiento ya se constituya en un problema de enormes proporciones, los cambios propuestos inevitablemente ampliarán y acentuarán la problemática, demostrando no haber cualquier compromiso o preocupación con quienes permanecen en el interior de las mazmorras (o incluso campos de concentración) que es a lo que se le denomina cárcel en Brasil.

La primera medida del artículo 33, parágrafo 5 del CP es la adopción irrestricta del cumplimiento inicial de la pena en régimen cerrado para todo y cualquier acusado de delito, desde que haya elementos (subjetivos) que indiquen habitualidad delictiva, independiente de la reincidencia. De la misma forma, altera el artículo 2 de la Ley de los Crímenes Hediondos¹¹, dificultando la progresión de régimen, para los crímenes definidos en la ley, sometiendo al juicio de prognosis (futurología) no delictiva por el magistrado. O además, en el art. 7 de la ley, impidiéndoles a los condenados en régimen cerrado, semiabierto o presos provisorios las salidas temporarias, salvo para comparecencia a audiencia (régimen cerrado y presos provisorios) y para trabajo y estudio (régimen semiabierto).

Tal vez los dos cambios más drásticos, para efectos de este trabajo, en lo que dice respecto al encarcelamiento en masa, sea, la mudanza del artículo 310 del Código de Proceso Penal, que invierte la lógica y cristaliza lo que en la que práctica ya sucedía mediante un esfuerzo punitivista de la magistratura, pero que de acuerdo con el paquete, hace de la prisión preventiva la regla, y no la excepción; siendo la medida adoptada para todo acusado identificado como delincuente habitual o profesional.

Y por fin, la última alteración legislativa que refuerza la quiebra del principio de la presunción de inocencia, previendo

¹¹ Crimen Hediondo es una tipificación legal utilizada en Brasil para ciertos delitos considerados atroces.

en el artículo 617-A del CPP¹² que la pena pasa a ser cumplida con decisión colegiada, aunque no definitiva y pendiente de recurso – la afamada y nada gloriosa prisión en segunda instancia –, que surge como medida de excepción y que se torna permanente como medida de defensa social.

En síntesis, esos cambios son propuestos como recurso primero de la violencia estatal oficializada y de significativa manera autorizada por la opinión pública, como forma de aplacar el pánico social establecido para capitalizar tales medidas, poco importando la dosis de sufrimiento humano que proporciona o incluso los reflejos culturales que infunde¹³.

Así, aún en las pistas suministradas por Garland (1999), se piensa que la validación de la violencia, o las razones que llevan a aceptar dicha violencia en la cultura brasileña y a considerarla razonable, están justamente relacionadas con hacia quienes se dirige y como es direccionada. Y volviendo a la contribución suministrada por Alessandro Baratta (2011), que define política penal como un proceso de distribución (desigual) de dolor y sufrimiento, escogiendo chivos expiatorios, como mecanismos de sanar la organización social, o sea, presentándose meramente como instrumento del brazo punitivo estatal y su dinámica de identificación de responsables y atribución de culpabilidades.

El éxito de la política penal que se constituye en una verdadera oda a la violencia y una predicación al sufrimiento, se plantea como un triunfo cuando se presenta como siendo la defensa de los valores sociales (como si fueran homogéneos) y de la defensa de los individuos, como si estos fueran indistintos

¹² <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/projeto-de-lei-anticrime-veja-a-integra-da-proposta-de-sergio-moro.ghtml>

¹³ Ese abordaje fragmentario del paquete de medidas legislativas y de política criminal de Moro se hace sin perjuicio de otros temas tan importantes tales como las mudanzas en la persecución criminal, que se puede denominar de la definitiva americanización del sistema penal brasileño, previendo mayor recurso a los presidios de seguridad máxima (así como las supermax norteamericanas), o incluso los instrumentos de flexibilización de las reglas procesuales penales, como la negociata e informantes (soplones) “de bien”.

delante de ese sistema. O sea, en gran medida los grupos y clases más vulnerables, y más frecuentemente victimizados por esa misma máquina, atribuyéndole a ella esa función de pacificación mediante el uso y distribución de violencia.

Ese proceso se refuerza e intensifica también a través de la forma como se vehicula mediáticamente y espectacularmente (circulación cultural de la violencia) aperada de modo a garantizar y perpetuar su ciclo de consumo de vidas y sufrimiento humano.

Como señaló Christie (2011), cada vez más, en la sociedad moderna se está condenado a (con)vivir entre extraños; siendo la mediatización de la cultura de la violencia un elemento fundamental de diseminación, distorsión y continuidad de la cultura de la punición.

Así, por medio de la prensa, o incluso de la violencia real vivida diariamente, parece que se ha vuelto una costumbre el convivir con noticias o informaciones como “presos son muertos en rebelión”, “traficante es abatido por agentes policiales”, “joven es muerto en intercambio de tiros con la policía”, “las cárceles brasileñas son un antro de enfermedades mortales”, “las condiciones de salubridad de las unidades penitenciarias empeora con la superpoblación”, o aún, “el número de encarcelados no para de crecer”. Esto permite la comprensión de que la violencia hace parte del día-a-día de la sociedad brasileña, sin causar espanto, y tampoco alcanzando la sensibilidad en relación a tales hechos. Al fin y al cabo, el preso, el ejecutado, el condenado es, no esporádicamente, el negro, hijo de la doméstica, el desempleado borracho, o la mujer prostituta; siempre remetiéndolo a un ideario valorativo que constituye a esos sujetos como antagónicos y enemigos, quienes se presentan como sacrificios por la paz y la defensa social, o simplemente como bajas colaterales en nombre del modelo de organización social.

En ese sentido es que se plantea, para efectos de este trabajo, el sistema penal – en este momento tomado en dos de sus principales manifestaciones, como la violencia policial y el

encarcelamiento en masa –, como manifestación de distribución de sufrimiento humano deliberado y aceptado culturalmente, observándose en nombre de qué se dirige, y contra quién se dirige.

IV. Conclusiones: Es necesario volver a hablar sobre abolicionismo

Para efecto de conclusión, se ha tratado de traer en este trabajo un planteamiento e interpretación alternativos a la perspectiva materialista en relación a la penalidad, para allende las cuestiones económicas de conformación/gestión de mano de obra; buscándose de esa manera una comprensión cultural en relación a la problemática de la violencia, sobre todo desde la realidad contemporánea ultramoderna de la comunicación y de la circulación de informaciones.

En ese sentido es que se refuerza el elemento fundamental de la perspectiva abolicionista formulada por Louk Hulsman (1993), del carácter performativo del lenguaje penal y de la política punitiva, su capacidad de moldear cuerpos y pensamientos, y así conformar una cultura punitiva e de violencia. Los signos y símbolos penales de culpable, de peligroso, de violento, cargan mucho más allá de una justificación técnico-normativa, toda una cultura, y una comprensión social en torno a determinados hechos y personas, y de cómo se lidia con determinadas situaciones problema, como el propio autor denomina.

En esta línea se rescata la contribución fundamental de Thiago Fabres de Carvalho (2010), cuando aborda la cíclica lógica de la violencia desde la analogía de la película “Abril Despedazado”, en la que se señala que la dinámica de la violencia que permite otro acto de violencia como respuesta, independiente de esa o aquella estar autorizada por ley, justa o injusta, no retira su carácter de resolución de problemas sociales por medio de la violencia, de la venganza y de la distribución de sufrimiento humano. O como, de manera clara Ricardo Jacobsen Gloeckner escribe, yendo al centro del problema “ellos saben

lo que hacen, e igualmente lo hacen” (GLOECKNER, 2018: 172), refiriéndose a la racionalidad y direccionalidad del control (violencia) penal en la modernidad; así como de la forma como se ha identificado la cultura de la punición y su funcionalidad, la perpetuación de esa dinámica.

En ese sentido, se apunta para la necesidad imperiosa de una ruptura con la lógica de la retribución, de la culpa, de la pena, de la venganza como forma de ponerle fin a una problemática social. Una necesidad urgente de rescatar el abolicionismo penal desde una comprensión amplia de organización social, de las personas y de las relaciones. Bajo pena de seguir embriagados con la cantilena del endurecimiento penal que se resuelve en violencia policial y encarcelamiento en masa, reproduciendo física y culturalmente la lógica del exterminio, del sufrimiento y de la segregación, obviamente que de la clientela históricamente determinada, contra la cual esta máquina se vuelve.

Mientras en la edad media se festejaban las penas corporales y el suplicio, en la actualidad se regocija la prisión como sufrimiento humano – de los otros. Retomando y adaptando la provocación de Nils Christie, *¿cuánta violencia será lo bastante?* (CHRISTIE, 2011).

V. Bibliografía

- ALAGIA, A. (2018) *Fazer Sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- ANYIAR DE CASTRO, L. (1983) *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense.
- BARATTA, A. (2011) *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- BECKER, H. (2008) *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar.
- CHRISTIE, N. (2011) *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan.

- (1984) *Los Limites del Dolor*. Ciudad de México: FCE.
- DAVIS, A. (2018) *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel.
- DEL OLMO, R. (1979) *Ruptura Criminológica*. Caracas: Universidade Central de Venezuela.
- FABRES DE CARVALHO, T. (2010) *A criminologia da não-violência: o imaginário punitivo de um Abril Despedaçado*. In: ROSA, Alexandre Moraes; FABRES DE CARVALHO, Thiago. *Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: em busca de uma criminologia da não-violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 97-161.
- GARLAND, D. (1999) *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Ciudad de Mexico/Buenos Aires/ Madrid: Siglo XXI.
- GLOECKNER, R. J. (2018) *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch.
- HULSMAN, L.; CELIS, J. B (1993). *Penas Perdidas: o Sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam.
- NASH, S. C. (2017) *El encarcelamiento Masivo*. Buenos Aires: Didot.
- PIMENTA, V. M (2018). *Por Trás das Grades: encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.
- POLANYI, K (2012). *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- SOARES E SOUZA, T. L (2018). *A Era do Grande Encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan.
- SYKES, G (2017). *La sociedad de los cautivos: estudio de una prisión de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- ZACCONE, O (2015). *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan.
- ZAFFARONI, E. R (2013). *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan.
- (2011). *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- ; BATISTA, Nilo (2011). *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan.

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Impunidades

Sucede, solamente sucede.
La risa. El sol. La lluvia.
El deseo sucede.
Y nos atrapa.
De dónde sale
disparado...adónde va
lentamente cruzando
cuerpos y miradas
gente que batalla por el pan
cielos ajenos
Adónde va el deseo
disparado...nadie lo sabe.
Sucede.
como los horizontes
los niños
los gobiernos
la injusticia. Impune es
el deseo. Y su destino.

Autora: Norma Etcheverry

Arte de la portada: Catalina Zerbino
(ilustración y edición digital)

Agroquímicos: su impacto en la legislación y jurisprudencia bonaerense

*Juan Ignacio Moreno*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 559-579

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e319>

I. Introducción

Es necesario partir de un concepto sobre los plaguicidas para analizar su alcance e importancia en la actividad agropecuaria argentina. Según la Organización de las Naciones para la Alimentación y la Agricultura (FAO) se entiende por plaguicida:

“cualquier sustancia o mezcla de sustancias destinadas a prevenir, destruir o controlar cualquier plaga, incluyendo los vectores de enfermedades humanas o de los animales, las especies no deseadas de plantas o animales que causan perjuicio o que interfieren de cualquier otra forma en la producción, elaboración, almacenamiento, transporte o comercialización de alimentos, productos agrícolas, madera y productos de madera o alimentos para animales, o que pueden administrarse a los animales para combatir insectos, arácnidos u otras plagas en o sobre sus cuerpos[...].” (Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas, art.2)

También se consideran plaguicidas a las sustancias que regulan el crecimiento de plantas, las que evitan la caída prematura de las frutas como las aplicadas a los cultivos contra su deterioración en su almacenamiento y transporte (Código

¹ Juan Ignacio Moreno, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Contacto: ignacio_moreno@live.com.ar

Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas, art.2). Por ende, en un primer acercamiento, se denota la relación directa entre productividad y eficacia de la actividad agraria a través de la utilización de los plaguicidas.

Respecto a su destino de aplicación y como se desprende de dicho artículo, se clasifican en herbicidas, insecticidas y acaricidas, funguicidas y bactericidas. Los herbicidas son utilizados para el control de especies vegetales, como las malezas, que afectan a la producción. En el caso de los insecticidas tienen como fin el control de los insectos perjudiciales para los cultivos. Los últimos plaguicidas cumplen la función de combatir ácaros, hongos y enfermedades bacterianas.

Los plaguicidas pueden clasificarse en Bioinsumos y Agroquímicos. Según el Comité Asesor en Bioinsumos de Uso Agropecuario (CABUA) los bioinsumos, bajo Resolución 29/2016 del Ministerio de Agroindustria de la Nación, son entendidos como el producto biológico que consiste o se haya producido por microorganismos, como hongos, o macroorganismos, como ácaros, o compuestos bioactivos derivados de ellos destinado a ser utilizado como insumo de la producción agropecuaria².

Mientras que los agroquímicos son insumos químicos desarrollados por industrias farmacéuticas y químicas. Considerando el impacto en la salud humana, la biodiversidad y el ecosistema, los agroquímicos se han clasificado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) según su grado de peligrosidad y toxicidad en:

De baja peligrosidad: son aquellos que por inhalación, ingestión o penetración cutánea no generan riesgos apreciables.

Tóxicos: los cuales por inhalación, ingestión o penetración cutánea pueden entrañar riesgos de gravedad limitada.

² Los bioinsumos integran un sistema de producción vinculado a la conservación y descanso del suelo, la reducción de insumos químicos como la rotación de cultivos conocido como agroecología. Desde esta visión se busca evitar las consecuencias antrópicas sobre el ambiente utilizando los propios elementos de la naturaleza como realizaban las comunidades originarias del continente americano.

Nocivos: aquellos que por los medios anteriormente expuestos pueden entrañar riesgos graves, agudos o crónicos, e incluso muerte.

Muy tóxicos: con las mismas consecuencias que el grado anterior.

A continuación, se acompaña el cuadro anexo sobre la clasificación de la OMS según el grado de peligrosidad de los fitosanitarios y los colores identificatorios a cada categoría.³

Banda de color de las etiquetas según la categoría toxicológica		
Color de la Banda	Clasificación de la OMS según los riesgos	Clasificación del Peligro
Rojo (PMS 199 C)	I a - Producto Sumamente Peligroso	MUY TÓXICO
Rojo (PMS 199 C)	I b - Producto Muy Peligroso	TÓXICO
Amarillo (PMS Amarillo C)	II - Producto Moderadamente Peligroso	NOCIVO
Azul (PMS 293 C)	Producto Poco Peligroso	CUIDADO
Verde (PMS 347 C)	IV - Producto que Normalmente no Ofrece Peligro	CUIDADO

II. Un poco de historia

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial surgieron teorías neomalthusianas que propiciaban el apocalipsis respecto a la producción de alimentos. Dichas teorías planteaban la existencia de un incremento desproporcional de las poblaciones, a nivel global, en comparación a la producción de alimentos necesaria para abastecer a todas las comunidades del planeta. Frente esta postura surgió en los años ´60 un cambio de paradigma en la agricultura autodenominado la Revolución Verde, término acuñado por William Guad (administrador de la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional-USAID), vinculado a las variedades de cultivos con mayor rendimiento.

³ Clasificación toxicológica de los plaguicidas por la OMS. Cuadro disponible en el link: <https://ambiente.lapampa.gob.ar/images/stories/CDLibro/pdfs/anexoB.pdf> Último acceso 18/5/19.

Con el apoyo de las Fundaciones Ford y Rockefeller, quienes crearon el Centros Internacionales de Investigación Agrícola en Estados Unidos, se desarrollaron variedades de arroz y maíz más resistentes. (Sarandón, 2014)

Desde una mirada antropocéntrica y dentro del sistema productivo capitalista, se impulsó la maximización de la producción de alimentos para obtener mayor eficacia y rentabilidad de los cultivos mediante la utilización de insumos químicos. Esta agricultura industrial fue desarrollada por multinacionales vinculadas a la industria farmacéutica, como Syngenta y Bayer, y químicas, representadas por Monsanto y Dupont, quienes gestaron la creación de semillas genéticamente modificadas (dichas semillas sufren una alteración en su cadena de ADN por parte de los seres humanos para potenciar su rendimiento al cultivarse) elaboradas en laboratorios. (Gutman, 2012)

Las semillas genéticamente modificadas fueron el puntapié para el establecimiento de una actividad agropecuaria intensiva e integran un paquete tecnológico para lograr su eficacia. Este paquete tecnológico consiste en la utilización de fertilizantes y agroquímicos en vías de un control efectivo de plagas, enfermedades y malezas; a su vez comprende la implementación de la práctica de siembra directa a través de la cual no se deja descansar el suelo, como en la técnica del barbecho, pasando a una aplicación directa de agroquímicos y semillas sin arar la tierra. Además, esta agricultura industrial propulsa la implementación del monocultivo concentrando la producción agrícola en el cultivo que sea el commodity/mercancía del momento.

Las principales consecuencias en este modelo de producción industrial se perciben:

- En los alimentos porque quedan residuos tóxicos de los agroquímicos en frutas y verduras superando los niveles de tolerancia que determina el SENASA, el cual no posee el personal suficiente para realizar los controles de manera integral. Durante el periodo 2011-2013 el 98% de las partidas de peras que fueron analizadas en el Mercado Central de Buenos Aires

contenía más de 20 variedades de insecticidas y funguicidas. En la actualidad más del 60% de las verduras y frutas que llegan al Mercado Central contiene residuos de agroquímicos. (incluso han detectado sustancias como el “endosulfán” que se encuentra prohibida para la producción de alimentos.⁴)

- En el agua como sucedió en la localidad de Pergamino, provincia de Buenos Aires, que se ha visto afectada por fumigaciones de agroquímicos detectándose presencia de glifosato en la orina de distintos vecinos, reacciones en la piel de los niños y pérdidas de embarazos en zonas fumigadas⁵. Ante el reclamo judicial de las familias, Carlos Villafuerte Ruzo (titular del Juzgado Federal N°2 de San Nicolás) dispuso la suspensión de la aplicación de estos tóxicos que repercutieron negativamente en la salud de tres barrios de Pergamino.⁶

⁴ Informe realizado por el biólogo Sergio Federovisky para el medio Infobae del día 11/2/19 bajo el título “Más de la mitad de la verdura que llega al Mercado Central queda descartada por exceso de agrotóxicos detectado en sus laboratorios” Disponible en el link: <https://www.infobae.com/tendencias/ecologia-y-medio-ambiente/2019/02/11/mas-de-la-mitad-de-la-verdura-que-llega-al-mercado-central-queda-descartada-por-exceso-de-agrotoxicos-detectado-en-sus-laboratorios/> Último acceso 1/6/2019

⁵ Nota realizada por el medio Infobae del día 11/4/2019 bajo el título “Contaminación de agua y graves problemas de salud: ordenaron suspender la fumigación con agroquímicos en Pergamino” que reporta las enfermedades ocasionadas por las fumigaciones en la localidad bonaerense. Disponible en el link: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/04/10/contaminacion-del-agua-y-graves-problemas-de-salud-ordenaron-suspender-la-fumigacion-con-agroquimicos-en-pergamino/> Último acceso 1/6/2019

⁶ Luego especialistas del INTA Balcarce, CONICET y el Dr. Damián Marino (UNLP) realizaron un estudio y detectaron la presencia de altos niveles de agroquímicos en el agua potable que consumían los vecinos de fumigaciones. Los intereses de las corporaciones son visibles y trataron de desprestigiar este resultado científico desde la Autoridad del Agua Bonaerense (ASA). Tras la postura en contrario del informe de ASA, el Juez Villafuerte Ruzo solicitó al equipo de Toxicología de la Corte Suprema de la Nación que realizará estudios sobre el agua quienes finalmente analizaron, sobre pruebas líquidas, y constataron que el agua de la localidad de Pergamino contenía 18 agroquímicos hecho que generaba un riesgo para la salud. Claramente el resultado del equipo de Toxicología de la CSJN ratificó la expuesto en el primer informe efectuado por destacados científicos e investigadores del CONICET, INTA-Balcarce y UNLP. Nota del medio Perfil del día 16/4/19 bajo el título “Peritos de la Corte Suprema confirman que el agua de Pergamino contiene 18 agroquímicos” Disponible en el link: www.perfil.com/noticias/sociedad/

- En el suelo porque su aplicación directa, sin períodos de carencia, ocasionan una erosión de los mismos que deriva en una pérdida de su capacidad productiva; dependencia a combustibles fósiles; pérdida de la biodiversidad como el caso de las abejas que por el uso del herbicida glifosato perciben una alteración en el sabor de los cultivos interfiriendo en la capacidad de polinización y producción de miel⁷, desaparición de variedad de cultivos a causa del sistema de monocultivo, mayor dependencia de insumos químicos que implican un gasto económico constante para cada producción agraria.

En el caso de la Argentina durante los años '90 se consolida este modelo de agricultura industrial en consonancia con el avance biotecnológico global. En el año 1991 se suscitan dos legislaciones que permiten una apertura respecto a la biotecnología aplicada a la producción agrícola mediante la creación de la Comisión Nacional Asesora de Bioseguridad (CONABIA) por resolución 124/91 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación con la función de regular y evaluar las actividades realizadas con los organismos genéticamente modificados para garantizar la bioseguridad del agroecosistema. La segunda normativa fue la creación del Instituto Nacional de Semillas (INASE) por el decreto 2817/91 como órgano de aplicación de la Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas 20247/73 y cuyo objetivo consistía en promover una producción y comercialización eficiente de semillas para garantizar, al productor, la identidad y calidad de la semilla y la protección de la propiedad de las creaciones fitogenéticas. Finalmente, contando con un marco legal sobre semillas, en el año 1996 el Secretario de Agricultura, Pesca y Alimentación de Nación, Felipe Solá, firmó

corte-suprema-confirmando-contaminacion-agua-pergamino-tiene-18-agroquimicos-riesgo-salud-humana.phtml Último acceso 1/6/2019

⁷ Nota del medio infocampo.com.ar, del día 17/8/2018, bajo el título "Confirman que dos agroquímicos interfieren en la polinización de las abejas" Disponible en el link: <https://www.infocampo.com.ar/confirman-que-dos-agroquimicos-interfieren-en-la-polinizacion-de-las-abejas/> Último acceso 18/5/19

la resolución 167/96 que autorizó la producción y comercialización de la soja Roundup Ready (RR) resistente al glifosato.

Dicho marco legal fue acompañado por medidas económicas vinculadas a la apertura comercial, estabilización de precios, privatizaciones, sumado a eliminaciones impositivas agropecuarias permitió la importación de maquinarias y estos insumos químicos a bajo costo. (Souza Casadinho,2017)

En la actualidad, en base a datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) la soja y sus derivados (harina, forraje que es utilizado como alimento para animales) fueron el principal bien de exportación en el año 2018 recaudando unos 15 mil millones de dólares.⁸

III. Legislación

La utilización de agroquímicos, en la provincia de Buenos Aires, se rige por la ley 10699 de Protección a la salud humana, recursos naturales y la producción agrícola del año 1988. La misma, en su art. 2, regula la elaboración, formulación, distribución y comercialización de todos los agroquímicos (como funguicidas, insecticidas, acaricidas, fertilizantes, etc.) utilizados para la protección y desarrollo de la producción vegetal.

El órgano competente para cumplir la finalidad de la ley es el Ministerio de Agroindustria provincial con la coordinación del Ministerio de Salud y podrá convenir con Universidades y entidades oficiales públicas y privadas programas de capacitación e investigación sobre el manejo y uso de agroquímicos en vías de aumentar su eficiencia y evitar riesgos de intoxicación y contaminación al ambiente. Además, el Ministerio de Agroindustria tendrá a cargo la actualización de registros de inscripción los fabricantes, formuladores y depósitos de los productos que componen el art. 2 de esta ley. El art. 6 establece que se

⁸ Datos del INDEC en Informes Técnicos vol.3 n°28, Comercio Exterior vol.3 n°4 sobre “Complejos Exportadores” (2018) publicado en marzo de 2019. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/complejos_03_19.pdf

deberá contar con un ingeniero agrónomo para la elaboración de los agroquímicos.

Los agroquímicos se clasifican en:

- a) De uso y venta libre: son aquellos cuyo uso de acuerdo a las instrucciones, prevenciones y modo de aplicación aconsejado, no sean riesgosos para la salud humana, los animales domésticos y el medio ambiente.
- b) De uso y venta profesional: son aquellos que, por sus características, su uso resultare riesgoso para los aplicadores, terceros, otros seres vivos y el medio ambiente.
- c) De venta y uso registrado: son los no encuadrados en las categorías anteriores, cuya venta será necesario registrar a los fines de permitir la identificación de los usuarios.” (Ley 10699, 1988, art.7)

Los agroquímicos “de uso y venta profesional” y los “de venta y uso registrado” requerirán de una “Receta Agronómica Obligatoria”, emitida por un ingeniero agrónomo u otro título habilitante, para ser comercializados. Este artículo vislumbra el impacto que pueden ocasionar determinados agroquímicos en la salud humana por su toxicidad.

El Ministerio de Agroindustria, junto a los municipios, ejerce el poder de policía de esta normativa acorde al art. 16. Este organismo de aplicación podrá solicitar a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación la exclusión de un agroquímico de la nómina de productos autorizados debido a su alta toxicidad u otra causa que hiciera peligroso su uso.

Dicha ley ha sido reglamentada por el Decreto 499/91. En este decreto se trata el registro para aquellos que decidan solicitar la habilitación para realizar las actividades mencionadas en el art. 2 de la ley 10699. Detalla los requerimientos para el funcionamiento de las empresas que aplican agroquímicos como la inscripción en un registro que habilitará la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal y la indumentaria necesaria para realizar la actividad. Estas empresas pueden ser de aplicación terrestre donde el control de plagas en el radio urbano

deberá contar con la autorización del organismo municipal; mientras que las empresas de aplicación aérea deberán acreditar inscripción en la Dirección General de Aeronáutica Civil y aprobación de la Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal para realizar fumigaciones y operar a una distancia no menor de 2km. de centros urbanos. Se regula una receta agronómica que debe indicar el diagnóstico y prescripción del agroquímico como la forma de aplicación. Se trata la necesidad de poseer un seguro para responder civilmente por las consecuencias de la actividad. Por último, menciona periodos de carencia donde no se deberán aplicar agroquímicos para reducir el impacto en el ambiente.

Respecto a los municipios tienen la potestad de ejercer el poder de policía a través de ordenanzas municipales para determinar, por ejemplo, las zonas de fumigaciones respecto a las distancias con el ejido urbano.

IV. Actualidad normativa

A través de la resolución 246/18 de la provincia de Buenos Aires dictada el 17/10/2018 con aplicación, según su art. 1, al 1/1/2019 el Ministerio de Agroindustria impulsó la fumigación en zonas adyacentes, mencionadas en la normativa como zonas de amortiguamiento, sobre las zonas urbanas y colegios rurales, pero fuera del horario escolar de estas instituciones. Según dicha disposición ministerial se podría fumigar hasta un minuto antes del inicio de las clases sin tener en cuenta la contaminación al ambiente ni el impacto en la salud de los niños.

Lo normativa contenía un anexo que definía los términos de mayor importancia como la zona de amortiguamiento. Dicha zona era entendida como la superficie adyacente a determinadas áreas de protección que por su naturaleza y ubicación requerían un tratamiento especial. Las zonas de protección consistían en la zona urbana, residencial extraurbana, área de población dispersa, márgenes de cursos o cuerpos de agua, zonas de bombeo, establecimientos educativos y reservas naturales. En relación

con el tratamiento especial para la zona de amortiguamiento, el art.3 establecía que la aplicación de los fitosanitarios necesitaría considerar las características intrínsecas del producto, como su toxicidad y tensión de vapor, la regulación necesaria del equipo y las condiciones meteorológicas antes y durante la aplicación. Respecto a la aplicación de agroquímicos en la zona de amortiguamiento contigua a zona urbana, residencial con maquinaria agrícola, montada o autopropulsada se requerirá la presencia de un profesional que intervenga en las previsiones para aplicarlos y la facultad de decidir la suspensión de su utilización en caso de no cumplir con sus previsiones.

El art. 5 fue el que más polémica generó ya que permitía la aplicación de agroquímicos en la zona de amortiguamiento contigua a establecimientos educativos fuera del horario escolar.

El 7 de enero del 2018, en la Ciudad de General Pueyrredón, una gran cantidad de actores trascendentales de la educación (Cátedras Libres de distintas universidades de todo el país como la UNLP, UBA, UNLZ, UNQ), la salud como Miryam K. de Gorban (Coordinadora General Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de Nutrición UBA), el ambiente como RENAMA (Red Nacional de Municipios y Comunidades que fomentan la Agroecología) y el CELS presentaron un comunicado dirigido a la Gobernadora María Eugenia Vidal bajo el título “La Resolución del Veneno (Resolución 246 MAGP)” detallando su impacto. En dicho comunicado expresaron que la normativa no especificaba distancias mínimas entre la aplicación de agroquímicos y las viviendas donde reside la población y se permitía fumigar sobre reservas naturales y a los márgenes de arroyos, ríos y lagos. También era posible fumigar alrededor de establecimientos educativos instantes previos al inicio de las clases. Además, no se solicitaba una receta agronómica para la utilización de los fitosanitarios de forma contraria a lo establecido por el Decreto 499/91 en sus arts. 39 y siguientes. Finalmente manifestaban que esta resolución era regresiva respecto a las limitaciones en el uso de agroquímicos y afectaba al ambiente y la soberanía alimentaria.

El 23 de enero del 2019, las abogadas María Florencia Casamiquela y Claudia Patricia Bogliolo presentaron una acción de amparo en la localidad de Mercedes, en representación de una docente residente en la localidad de Chivilcoy, frente a la resolución 246 contra el Ministerio de Agroindustria y el Poder Ejecutivo Provincial detallando los límites que había establecido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los casos “D.JE.F. s/acción de amparo” y “Picorelli Jorge O. y otros c. Municipalidad de General Pueyrredón s/Inconst. Ord. 21.296”. Fundaban la vulneración del principio preventivo, precautorio y progresividad consagrados por la ley 25675 y el interés superior del niño de la Convención de los Derechos del niño con jerarquía constitucional. Por último, solicitaron una medida de no innovar y la suspensión de los efectos de la resolución.

Ante la presión social de organizaciones, sindicatos, docentes, investigadores y el amparo presentado por la abogada Casamiquela, se visibilizó las consecuencias de la resolución 246 del Ministerio de Agroindustria. Finalmente, el 16 de febrero de 2019, el mismo Ministerio dictó la resolución N°24, publicada por el Boletín Oficial, para suspender por el plazo de un año la aplicación de la resolución 246 y modificó el art. 5 de dicha resolución para que se abstengan de fumigar en zonas linderas a establecimientos educativos. Esta nueva resolución propugna la creación de un equipo técnico multidisciplinario para elaborar un protocolo de aplicación de fitosanitarios en la zona de amortiguamiento.

V. Jurisprudencia de la SCBA

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en los últimos casos que ha resuelto mantuvo una postura coherente con los parámetros de la ley general del ambiente y sus principios frente a la problemática de la aplicación de agroquímicos. A través de cada caso se detallarán los hechos y la opinión que ha brindado el máximo tribunal provincial, el

cual se sustentó en el principio precautorio buscando proteger la salud humana y al ambiente.

Cabe destacar la irrupción del principio precautorio en la lógica jurídica como una directriz que reside sobre una duda frente al común daño jurídico vinculado a la certeza. Esta clase de daño incierto puede presentar sus consecuencias en el futuro y de manera impersonal, otorgando una herramienta para los derechos de incidencia colectiva. (Cafferatta, 2009).

1) En el año 2012 bajo los autos “D.JE.F. s/acción de amparo”, M.C.M y V.A.F. en representación de sus hijos menores dedujeron acción de amparo contra el propietario de una parcela rural contigua a su vivienda que los actores ocupaban en el Partido de Alberti, el cual formaba parte de un grupo habitacional construido por el Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI).

Los actores solicitaban que la aplicación de plaguicidas se efectuara sobre una distancia de 200 metros entre su vivienda y la parcela del demandado con el fin de mitigar los efectos contaminantes. Fundaban su pretensión en el hecho acontecido los días 20 de octubre y 11 de noviembre de 2008 cuando padecieron en sus propios cuerpos el contenido de los agroquímicos tras la fumigación realizada por el vecino

La familia requirió una medida cautelar innovativa para suspender la fumigación, la cual les fue otorgada. Ante esta resolución el propietario solicitó la modificación de la medida cautelar que fue resuelto en sentido favorable permitiéndosele fumigar a una distancia de 30 metros respecto a la vivienda de la parte actora. Tras esta decisión que aquejaba sus derechos, la familia recurrió a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, la cual ratificó lo dispuesto por la primera instancia y desestimó las pruebas presentadas por los recurrentes.

Ante esta situación, la familia interpuso el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley frente a la SCBA fundado en la violación del Preámbulo y los arts. 33, 41 y 43 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y Tratados

Internacionales; 20, 28 y 36 inc.8 de la Constitución provincial; la Ley Nacional 25.675; leyes provinciales 7166; 10.699 y su decreto reglamentario 499/91; 11.723; Arts. 1071 y 2618 del Código Civil. Notoriamente fueron vulnerados los principios del derecho ambiental surgidos de la ley nacional 25675 y manifestaron incongruencia de la sentencia de la Cámara de Apelación donde existió una absurda valoración de la prueba.

Resulta interesante la interpretación de los magistrados de la SCBA sobre el derecho al ambiente entendiéndolo como una ampliación de la personalidad humana donde el hombre forma parte del entorno natural y lo siente como un valor interior superando la visión de relación de dominio sobre el ambiente. Por lo tanto, es indispensable garantizar el derecho al ambiente con el fin de propiciar un equilibrio ecológico y un bienestar de los individuos comprendiendo que estos últimos requieren de condiciones aptas para gozar de dicho bienestar para sobrevivir.

Respecto a la desestimación de pruebas aportadas por los actores en instancias anteriores, la SCBA entendió que existía una duda razonable acerca de la peligrosidad de las fumigaciones, aunque no se contara con una certeza científica, y la petición debía ser decidida favorablemente por aplicación del principio precautorio.

La SCBA entendió que no era necesaria la comprobación de un daño concreto para una protección inmediata ya que la fumigación a una escasa distancia de la vivienda de los actores implicaba una conducta potencialmente lesiva al ambiente. La Suprema Corte resolvió de manera favorable el recurso, revocándose la sentencia de Cámara, y haciendo lugar a la pretensión del amparo acorde a las distancias determinadas por la Ordenanza 1690 (la ordenanza establecía una distancia de 1000 metros respecto al ejido urbano para la realización de fumigaciones en condiciones climáticas favorables).

2) Durante el año 2014 se suscitó una nueva controversia sobre la aplicación de fitosanitarios en la localidad de General Pueyrredón. En los autos “Picorelli Jorge Omar y

otros c/Municipalidad de General Pueyrredón s/Inconst. Ord. N°21.296” los actores en representación de sus hijos menores promueven recurso de inconstitucionalidad de los arts. 19, 23, 27 y 28 de la Ordenanza Municipal N°21.296/2013 considerando que la misma vulneraba la Constitución Nacional (art.41), la Constitución provincial (art.28), la Ley General del Ambiente 25.675, la Ley de Residuos Peligrosos 24.051, la ley provincial 5965 de protección a las fuentes de provisión y a los cursos y cuerpos receptores de agua y a la atmósfera, Ley 11.723 y arts. 25 y 27 inc. 17 de la Ley Orgánica de las Municipalidades.

La Ordenanza 21296/13 modificó la zona de seguridad frente a fumigaciones de 1000 metros (como establecía la Ordenanza 18.740/08) a 100 metros de plantas urbanas y solo prohibió el uso de plaguicidas de síntesis cuando la anterior resolución prohibía el uso de cualquier producto químico sobre zona de seguridad. La nueva ordenanza prohibió los pulverizadores autopulsados en un radio de 200 metros de centros urbanos, cursos de agua, escuelas y centros de salud, aunque permitiendo en la misma franja la aplicación con “mochila” cuando la prohibición de la anterior normativa era integral para estas prácticas. Por último, sobre la Franja Transicional Periurbana se permitía, bajo la nueva resolución, la aplicación de productos de síntesis de Banda IV como el glifosato.

Los magistrados de la SCBA realizaron la importancia del principio de progresividad tras la vulneración de derechos por la nueva ordenanza entendiendo que la misma los había sustituido por derechos inferiores.

Continuando con los lineamientos expresados en el caso “D.JE.F. s/acción de amparo”, la SCBA manifestó que esta actividad antrópica de fumigación resulta potencialmente nociva, en concordancia con el principio precautorio de la ley 25.675, al entorno y a la salud de la población. Por las razones expuestas, la SCBA resolvió la suspensión de los arts. 19, 23, 27 y 28 de la Ordenanza 21.296/2013 de la Municipalidad General de Pueyrredón, por ende, retomó vigencia el régimen anterior de la Ordenanza 18.740.

3) En el año 2015 la SCBA se expide sobre el caso “ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley” donde la asociación civil “ASHPA” Centro de Educación Agroecológico, representada inicialmente por la Clínica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), había presentado una acción de amparo ambiental contra la titular y el explotador del predio ubicado en las Parcelas 609 y 610, delimitadas por la avenida 21 y la calle 41 de la localidad de Presidente Perón, Guernica y contra el municipio y la Provincia de Buenos Aires. La parte actora solicitaba la cesación de manera inmediata y definitiva de la pulverización, fumigación o cualquier otra forma de aplicación de agroquímicos que ocasionaren un daño ambiental colectivo. Además, requerían que los entes públicos ejercieran el poder de policía ambiental sobre la actividad efectuada por los demandados.

El pedido de ASHPA fue desestimado por el Juzgado de Garantías en lo Penal N°3 del Departamento Judicial de La Plata quien fundó su resolución en la inexistencia de vulneración de derechos al momento de iniciar la acción y que no se había constatado incumplimiento de la ley provincial 10.699. Luego la asociación presentó un recurso de apelación frente a la Cámara de Apelación en los Contencioso y Administrativo quien confirmó lo dispuesto por la primera instancia y manifestó que actualmente no se realizaban labores de fumigación y la última efectuada se remontaba a un año.

Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la SCBA. La asociación desestimó los fundamentos de la Cámara y argumentó que los demandados ya habían reconocido la utilización de agroquímicos en varias campañas y que la última siembra había sido realizada en noviembre de 2011. A través de este recurso, ASHPA destacó que la Cámara se desentendió del análisis del art. 43 de la Constitución Nacional al excluir expresamente la amenaza e inminencia del daño de las fumigaciones. Por ende, el estado de los hechos se concibe con el continuo peligro que persiste de manera latente entre los demandados que

explotaban del predio y el resto de la comunidad, entendiendo que el criterio de la Cámara resultaba un supuesto de absurdo ya que sería admisible un amparo solamente cuando se estén aplicando agroquímicos.⁹

Por estas razones, fundaron su reclamo en priorizar los bienes jurídicos como la vida y la salud de las personas y aplicar los principios, como el precautorio, desarrollados por la ley 25.675. También citaron el antecedente de “D.J. E.F. s/Acción de Amparo” sobre el daño potencial de las fumigaciones en contraposición a este caso donde se ha aplicado erróneamente el bloque de legalidad ambiental.

Por último, la asociación entendió que se vulneraban los fines de la ordenanza 708/2010 dictada por el Concejo Deliberante de Presidente Perón como la protección a la salud humana y los recursos naturales que disponía su art.3 y el art. 12 que prohibía las aplicaciones aéreas de productos agroquímicos, de todo tipo, en el territorio del Presidente Perón y la aplicación terrestre sobre el área urbanizada. La ordenanza disponía la necesidad de contar con una barrera vegetal para la aplicación de agroquímicos. Contando con una normativa específica que regulaba la actividad de aplicación de fitosanitarios, la parte actora entendió que las autoridades estatales no ejercieron el poder de policía.

Finalmente, la SCBA revocó la sentencia impugnada y ordenó al demandado que se abstenga en realizar tareas de fumigación terrestre con los productos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 10.699 (art.2) y Ordenanza 708/10 de la Municipalidad de Presidente Perón (arts. 3, 4 y 13) dentro de la zona prohibida por dicha norma municipal.

4) Durante el año 2016 el abogado Luis Fernando Cabaleiro interpuso acción de amparo contra la empresa “Papel Prensa S.A.”

⁹ Las fumigaciones dejan consecuencias en el ambiente y a razón de las condiciones climáticas, como la erosión eólica, hasta pueden extenderse en el espacio territorial como sucedió en el Río Paraná que presentaba muestras de glifosato. Disponible:http://www.maximaonline.com.ar/Nota49347el_investigador_damin_marino_expuso_sobre_glifosato_y_el_modelo_productivo Ultimo acceso 18/5/2019

a causa de la explotación forestal en el predio “María Dolores” ubicado en el paraje de Palentenlén del Partido de Alberti. El actor cuestionaba la falta de estudios de impacto ambiental y que la parte demandada carecían de la autorización de una autoridad competente para llevar a cabo su actividad en base a lo dispuesto las leyes provinciales 11.723, 12.442 y 12.952, art.5 de la ley nacional 25.080 y el art.11 de la ley 25.675. Bajo estos términos, el actor solicitaba la suspensión de la actividad forestal hasta que se complete el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental.

Además, el abogado Cabaleiro planteaba que la empresa incumplía con la ley provincial 10.699 y su decreto reglamentario 499/91 teniendo en cuenta que la inspección del O.P. D.S. no poseía actas de trabajo sobre aplicación de agroquímicos, de recetas agronómicas con intervención profesional y sobre la disposición final de los envases de los productos utilizados. También manifestó la utilización, por parte de la demanda, de agua subterránea para riego y aplicación de plaguicidas sin el cumplimiento de las exigencias que imponía la ley 12.257. El fundamento del actor fue desestimado en las instancias anteriores.

Por parte de la empresa, argumentaban que existía una ordenanza en el municipio Alberti por la cual podían utilizar agroquímicos. La aplicación de agroquímicos no se autoriza de manera implícita por la existencia de una ordenanza y debe ser acorde a lo dispuesto por la ley provincial 10.699 y su decreto reglamentario 499/91. En este caso se vulneraban ambas normativas ya que no se contaba con una receta agronómica emitida por un profesional, tampoco se explicaba cuál sería el destino de los envases de estos productos químicos y no poseían un estudio de impacto ambiental sobre la actividad forestal.

Finalmente, la SCBA ordenó detener las actividades de plantaciones por carecer de una evaluación de impacto ambiental ateniéndose a la omisión del organismo provincial en dicho control sobre un predio con una plantación de 1120 árboles por hectárea en un predio de 1834 hectáreas envases y por ende

ocasionaba una amenaza ambiental. También determinó que la demandada debería gestionar el destino final de los envases de los agroquímicos.

VI. Conclusiones

Durante el presente trabajo se ha podido apreciar que la utilización de los agroquímicos es una cuestión que pone en juego los intereses de diversos actores con gran injerencia en la alimentación, fabricación de medicamentos y en la política diaria de los gobiernos de turno.

La influencia de una multinacional como Monsanto-Bayer se plasma en el control del mercado para la maximización de la producción de alimentos y sus constantes lobbies tienen sus logros en resoluciones como la 246/18 emitida por el ministro Leonardo Sarquis (ex gerente de la división Semillas de Monsanto por 3 años). La presión social desarrollada por organismos no gubernamentales, docentes, científicos y el apoyo del CELS gestaron la suspensión de la resolución por el plazo de un año.

Resulta claro e impactante el testimonio del neonatólogo Medardo Ávila, de la Red de Médicos de Pueblos Fumigados, sobre las consecuencias de las fumigaciones con glifosato en zonas rurales de la Argentina y su mayor incidencia de cáncer y malformaciones al nacer: “Lo que vemos, los médicos, es que las personas se enferman de manera diferente. Se mueren ahora principalmente por cáncer, desde que se empezó a fumigar y se usaron estos agrotóxicos de forma masiva”. También indica que “claramente, las poblaciones agrícolas de Argentina tienen en este momento tres veces más cáncer que las poblaciones de las ciudades” y asegura que en el campo de 100 nacimientos seis son de niños con malformaciones.¹⁰

¹⁰ Nota del medio Perfil, el 18/7/2018, titulado “El drama del glifosato en el campo argentino y una legislación ausente”:

<https://www.perfil.com/noticias/salud/el-drama-del-glifosato-en-el-campo-argentino-y-una-legislacionausente.phtml?rd=1&fbclid=IwAR2nHYHKYH12MgGuk2904ydSYZpF726zB9yOHloG4i5buoHvKMqjrapbV8Q&rd=1> Último acceso 18/5/19

En concordancia con la opinión del Dr. Medrado, el Jurado en la Corte Federal de San Francisco de los Estados Unidos dictaminó que el Roundup es responsable del cáncer que padece Edwin Hardeman, residente de California (Hardenman sufre un linfoma Hodgking).¹¹

En miras del agronegocio, los intereses empresariales buscan invisibilizar las consecuencias de los fitosanitarios, previamente expuestas, y concretar sus acuerdos con resoluciones ministeriales aunque implique fumigar en adyacencias a establecimientos educativos.

Ante estas medidas se requiere de abogadas y abogados comprometidos en defender los derechos a una vida digna, la salud de los ciudadanos y del ambiente.

De una formación académica que observe la realidad social a través del Derecho Ambiental, el cual es considerado como un sistema protector de intereses colectivos que contiene todos los elementos del ambiente natural y humano en su conjunto (Jaquenod de Zsögön, 1991), comprendiendo que sin el cuidado del ambiente mermaría la calidad de vida de todos sus pobladores.

Por último, resulta fundamental que los tribunales inferiores continúen la línea de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en protección de los principios emanados por la Ley General del Ambiente y acompañar sus decisiones con informes e investigaciones realizados por investigadores y médicos para fundamentar de una manera multidisciplinaria.

VII. Referencias Bibliográficas

Cafferatta N. (2009), “Los Principios y reglas del Derecho Ambiental”, Buenos Aires.

¹¹ Nota del medio Reuters, del 21/03/2019, bajo el título “Jurado en EEUU falla contra Bayer en caso de cáncer por herbicida Roundup”. Disponible en <https://lta.reuters.com/articulo/bayer-glifosato-jurado-idLTAKCN1R02Q8> Último acceso 18/5/2019

- Gutman G. (2012), “*Desarrollo de la Agrobiotecnología en la Argentina. Nuevas tecnologías renovadas problemáticas*”, Revista Voces en el Fénix, Facultad de Ciencias Económicas (UBA).
- Jaquenod de Zsögön S. (1991), “El Derecho ambiental y sus principios rectores”, Dykinson.
- Ley 10.699 de Protección a la salud humana, recursos naturales y la producción agrícola mediante y su decreto reglamentario 499/91, normativa correspondiente a la provincia de Buenos Aires.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (1985), Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-a0220s.pdf>
- Sarandón S. y Flores C. (2014), “*Agroecología: bases teóricas para el diseño y manejo de agroecosistemas sustentables*”, EDULP, Universidad Nacional de La Plata.
- Souza Casadinho J. (2017), “*Veinte años de cultivos transgénicos en Argentina*”, X Jornadas de Estudios Interdisciplinarios Agrarios y Agroindustriales, Facultad de Ciencias Económicas (UBA).

Artículos utilizados

- Nota del medio, de Gualeguaychú, Máxima online, el 10/3/2018 bajo el título “El investigador Damián Marino expuso sobre glifosato y el modelo productivo” que trata la prohibición en el uso de glifosato en dicha localidad. Disponible en http://www.maximaonline.com.ar/Nota-49347-el_investigador_damin_marino_expuso_sobre_glifosato_y_el_modelo_productivo
- Nota del medio Perfil, el 18/7/2018, titulado “El drama del glifosato en el campo argentino y una legislación ausente” Disponible en <https://www.perfil.com/noticias/salud/el-drama-del-glifosato-en-el-campo-argentino-y-una-legislacionausente>.
- [?rd=1&fbclid=IwAR2nHYHKYH12MgGuk2904ydSYZpF726zB9yOHloG4i5buoHvKMqjrapbV8Q&rd=1](http://www.perfil.com/noticias/salud/el-drama-del-glifosato-en-el-campo-argentino-y-una-legislacionausente?rd=1&fbclid=IwAR2nHYHKYH12MgGuk2904ydSYZpF726zB9yOHloG4i5buoHvKMqjrapbV8Q&rd=1)
- Nota del medio infocampo.com.ar, del día 17/8/2018, bajo el título “Confirman que dos agroquímicos interfieren en la polinización

de las abejas”. Disponible en <https://www.infocampo.com.ar/confirman-que-dos-agroquimicos-interfieren-en-la-polinizacion-de-las-abejas/>

Nota del medio Infobae, del día 11/2/19, bajo el título “Más de la mitad de la verdura que llega al Mercado Central queda descartada por exceso de agrotóxicos detectado en sus laboratorios” Disponible en: <https://www.infobae.com/tendencias/ecologia-y-medio-ambiente/2019/02/11/mas-de-la-mitad-de-la-verdura-que-llega-al-mercado-central-queda-descartada-por-exceso-de-agrotoxicos-detectado-en-sus-laboratorios/>

Nota del medio Reuters, del 21/03/2019, bajo el título “Jurado en EEUU falla contra Bayer en caso de cáncer por herbicida Roundup”. Disponible en <https://lta.reuters.com/articulo/bayer-glifosato-jurado-idLTAKCN1R02Q8>

Nota realizada por el medio Infobae del día 11/4/2019 bajo el título “Contaminación de agua y graves problemas de salud: ordenaron suspender la fumigación con agroquímicos en Pergamino”. Disponible en el link: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/04/10/contaminacion-del-agua-y-graves-problemas-de-salud-ordenaron-suspender-la-fumigacion-con-agroquimicos-en-pergamino/>

Nota del medio Perfil del día 16/4/19 bajo el título “Peritos de la Corte Suprema confirman que el agua de Pergamino contiene 18 agroquímicos” Disponible en el link: www.perfil.com/noticias/sociedad/corte-suprema-confirmando-contaminacion-agua-pergamino-tiene-18-agroquimicos-riesgo-salud-humana.phtml

Modos de intervención estatal sobre la infancia y su relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes

*Gerónimo Martín Erdmann Mc Donald*¹ | Universidad
*Astrid Mora*² | Nacional de
La Plata

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 580-592
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e320>

I. Antecedentes

Si se repasa la historia de la relación de la ley con los niños y, en particular, de los diferentes movimientos de protección a la infancia desde sus lejanos comienzos en tiempos de la industrialización, se advierte que nadie en Occidente discutía entonces si era necesario que los niños tuvieran educación, casa, comida o familia. Los debates, a lo largo de los años, giraron en torno de quién era el obligado a garantizarlos y con qué alcance, en otras palabras, qué significaba “familia”, “casa” o “educación”, etc.; pero no se discutía que proteger a un niño tuviera que ver con esos componentes básicos que, en la terminología actual, integran el conjunto de los llamados “Derechos de los Niños”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye un paso decisivo en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia. En la actualidad, cuenta con la ratificación de más de 190 países, y de este modo, se instaura

¹ Docente Plan FINES DGCyE. Ayudante en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

² Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

como el tratado de derechos humanos con mayor adhesión de la historia.

Entre sus antecedentes directos, se encuentra la Declaración de Ginebra, elaborada en 1923 por la organización Save the children International Union, en la que se establecieron cinco puntos básicos de referencia para los derechos de los niños. Fue aprobada —con ligeras modificaciones— en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Finalmente, en 1959, inspiró a otra declaración, en la que se incluyeron los principios básicos de protección y bienestar de las niñas, los niños y los adolescentes. Sobre la base de estos esfuerzos iniciales, fue que se comenzó a tomar forma el proyecto de redactar una Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo con UNESCO (2012), la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) constituye un hito en la lucha por el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes, en tanto sienta las bases mínimas para el establecimiento de una ciudadanía plena, lo cual, en rigor, constituye una nueva relación jurídica entre el Estado y la sociedad, con la infancia y la adolescencia.

II. La infancia y su gobierno

II.1 Transformaciones en la forma de concebir a los niños

A pesar de la recurrencia en los discursos peronistas de un modelo de familia que debía estar compuesto por una pareja casada legalmente, con dos hijos (generalmente un niño y una niña), desempeñando cada uno el rol que les imponía el orden de género más tradicional, Cosse (2006) cuestiona que ese ideal fuera la realidad de muchas de las familias de entonces.

Para Cosse (2006) la variedad de fuentes documentales que utiliza - escritos jurídicos y legislativos, artículos de prensa, películas, discursos políticos- le permiten comprobar la existencia de nuevos modelos de relación al interior de las parejas y entre

padres e hijos. De este modo se adelanta unos años a lo que otros trabajos han explicado como resultado de la “revolución sexual” de los años sesenta, fórmula que en otros escritos la autora también somete a debate.

Estas transformaciones, sin ser de ruptura, permiten hablar de una “modernización de la domesticidad” cuyos indicios serían la existencia de un mayor número de divorcios, prácticas de control de la natalidad, un mercado de libros que tratan temas de sexualidad, padres menos autoritarios y relaciones de pareja más equitativas.

Dentro de los modelos por fuera del ideal, Cosse (2006) toma en detalle la cuestión de la filiación ilegítima y su transformación en un problema, en un estigma de consecuencias muchas veces dramáticas en tanto ser hijo “de padre desconocido”, habilitaba en los otros la posibilidad de establecer un juicio sobre la moral y la decencia familiar y personal.

Cosse observa estos “estigmas de nacimiento” desde una multiplicidad de miradas, abriendo nuevos campos de interrogantes y colaborando en otros terrenos más transitados como es la historia política, al analizar de qué manera las representaciones en pugna sobre la familia y los roles de género sirvieron tanto al peronismo como al antiperonismo para definirse y el modo en que, paradójicamente, Eva Duarte puede servir como ejemplo negativo y positivo según las posturas.

La impugación a los hijos ilegítimos también cristalizaba el conflicto de clases, esa marginación de los sectores populares que el peronismo venía a revertir. El bienestar que se impulsaba para los trabajadores debía incluir también una reparación subjetiva y simbólica, la eliminación de las humillaciones que en el pasado habían padecido por parte de las clases poderosas.

En ese sentido, de acuerdo con Cosse, (2006) diferentes discursos ponderaban a la pobre madre soltera que había dado todo por sus hijos y que en ese sacrificio encontraba la redención, contraponiéndola con la denuncia de los ricos que gastaban todo su dinero en el juego, dando rienda suelta a su

vanidad, ambición y corrupción moral. Esto no significó reivindicar la maternidad en soltería, pero sí una muestra de comprensión y tolerancia que dio lugar a nueva versión del modelo de domesticidad.

Según Cosse, (2006) estos cambios que se manifiestan en la nueva legislación sobre el tema también están presentes en la mirada que ofrece el cine de la época en el género del melodrama. La autora analiza estas producciones tomando en cuenta las narrativas de cada filme, lo que ciertas figuras encarnaban para la época, como en el caso de las películas de Tita Merello, y aquello que comentaban los distintos medios de prensa sobre ellas. De ese modo no se trata solamente de ver una película de aquellos años vinculándola con el contexto histórico sino de indagar cómo esta era recibida por la crítica y el público de su época.

Otro aporte que se destaca en Cosse (2006) es el avance sobre la figura paterna. Los estudios feministas y de género han dedicado importantes esfuerzos para analizar el rol maternal en sus múltiples dimensiones. Asimismo, sobre la infancia presenta muy bien el tema en el sentido de cómo se tradujeron en medidas concretas el bienestar de quienes fueran llamados los “únicos privilegiados”.

Finalmente, y a manera de conclusión, Cosse (2006) expone como desde el vaivén de la indiferencia al rechazo y del estigma a la comprensión, fue configurándose un nuevo discurso prescriptivo que, si bien no desalojó de su lugar al modelo de la domesticidad y la idea del familia legal, monógama, heterosexual y prolífica, dio al menos un marco de respetabilidad a ciertas otras opciones, como en el caso de la filiación ilegítima.

II.2 Caracterización de las distintas técnicas de gobierno que se crearon según la extracción social de tales niños y sus familias

Según Llobet (2015) es posible señalar que el carácter hipergobernado de lo infantil se deriva de la particular maleabilidad de los niños en las disputas por el establecimiento de

las fronteras entre la vida de la especie y la sociedad, entre lo público y lo privado, y expresa los modos por los cuales se reproducen diferencias sociales y relaciones de dominación. En este punto, la relación entre agencia y resistencia aún se encuentra insuficientemente explorada, en tanto los niños son activamente partícipes de su gobierno, y ello acontece de manera diferente según clivajes sociales.

Tomando como referencia a Zapiola (2010), para comenzar, la Ley Agote supuso un innegable incremento de las atribuciones del Estado sobre ciertos padres y sobre sus hijos, mientras su capacidad para constituirse en un instrumento apto para generar cambios era limitada, desde el momento en que refrendaba el papel de los hogares particulares y los asilos de beneficencia como destino de los menores que quedaban bajo su mandato sin establecer mecanismos de control significativos sobre aquéllos y que, aunque recomendaba la creación de instituciones estatales de internación de menores, en el corto plazo no estuvo asociada a disposiciones que pusieran en manos de las autoridades los recursos humanos y materiales necesarios para erigirlos.

Producto cultural de altísima densidad simbólica, la Ley constituyó una suerte de punto de llegada del largo proceso de transformaciones semánticas y de las representaciones que condujo al establecimiento de una distinción entre los niños y los menores y que naturalizó el emprendimiento de prácticas diferenciadas de intervención en relación con los miembros de cada uno de los grupos deslindados. (Zapiola, 2010)

Sin embargo, los visos de vanguardismo que irradiaba estaban más ligados al abordaje de ciertas temáticas modernas a través un vocabulario de vanguardia por parte de sus propulsores que a la adopción de los elementos más novedosos expresados en el universo de propuestas y realizaciones de las que formó parte.

De hecho, según Zapiola, (2010) si la Ley Agote habilitaba la introducción de transformaciones en las formas de ocuparse de los menores, no exigía su implementación, al tiempo que

legitimaba la coexistencia de las eventuales nuevas prácticas con otras decididamente tradicionales.

Por otro lado, un análisis minucioso de la Ley de Patronato -que se considera extensible a otras formulaciones legales- ha permitido demostrar que la misma letra de la ley fue uno de los principales elementos que propició la convivencia de heterogéneas prácticas jurídicas e institucionales, lo que advierte acerca de la inconveniencia de pensar a las formulaciones teóricas como coherentes, acabadas y ajenas al complejo devenir de las prácticas.

Por último, concluyendo tomando como base a Zapiola (2010), el corroborado compromiso del Estado con los particulares -asociados o en calidad de individuos- para cumplir con las funciones de asistencia y castigo de los menores puestos a su disposición constituye un indicio de las características y del alcance de las instituciones estatales y de las estrategias de control social de la etapa, que en muchos casos resultaron de combinaciones flexibles entre lo deseable y lo posible, lo moderno y lo tradicional, las exigencias intelectuales y la disposición de recursos materiales.

Variedad de combinaciones cuya amplitud, sin embargo, no fue común a todas las áreas de gobierno. Como es sabido, en el caso la construcción del sistema de instrucción primaria la intervención estatal fue decidida y poco inclinada a negociaciones con los agentes privados, posición que es reveladora de una actitud de relativa indiferencia respecto de los sectores infantiles más pobres, cuyo ingreso a las escuelas resultaba improbable.

Finalmente, con relación a ellos, la Ley Agote no establecía claramente si, en caso de ser alcanzados por el patronato estatal, quedarían en manos de agentes públicos o particulares.

En última instancia, concluye Zapiola (2010): “la ambigüedad de las políticas ideadas para los menores parece haberse sustentado en la convicción de que algunos problemas y algunas personas ameritan una atención menos persistente y sistemática que otras”.

III. El enfoque de derechos y el contexto de la globalización

III.1 Actores sociales del “campo de la protección de la infancia”

Hacia fines de la década del 80, en Argentina, una causa en torno a la infancia, conformada por actores sociales exteriores al Estado y extranjeros al campo de las instituciones de protección de la infancia, comienza a corporizarse tras la nueva figura del “niño sujeto de derechos”. En el marco de esta nueva causa, el discurso de los derechos del niño será utilizado para derrumbar el andamiaje jurídico-burocrático existente fundando sobre la Ley 10903 de Patronato de Menores de principios del siglo XX.

De acuerdo con Barna (2013) estos activistas que critican el andamiaje jurídico-burocrático de tratamiento de la minoridad, fundado principalmente sobre la Ley 10903 de Patronato de Menores de 1919, encontrarán en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, un marco legítimo desde cual fundamentar la necesidad de derogar de forma urgente de la citada ley.

Siguiendo con Barna, (2013) en el marco de la construcción de esta causa, que aboga por la reforma del “sistema tutelar” de protección de la infancia, movilizándolo la figura del “niño sujeto de derechos” promovida por la citada Convención, se va forjando durante la década de los 90, una lectura particular de las políticas e instituciones de protección de la infancia. Desde esta perspectiva, se homogeniza bajo el rótulo de la “doctrina de la situación irregular” todo lo previo y al mismo tiempo se lo demoniza. En paralelo, se lo contrapone a la “doctrina de la protección integral” construida sobre la Convención de los Derechos del Niño.

Se construye así una mirada dicotómica, estereotipada y al mismo tiempo moralizante, que comporta no solo a los sistemas jurídicos sino también a las instituciones y agentes que les dan vida. En este contexto, los jueces y magistrados judiciales

serán construidos por los activistas de la nueva causa como sus “adversarios”.

En efecto, activista y “adversarios” conforman dos categorías de agentes sociológicamente diferenciados, con trayectorias, inscripciones institucionales y modos de socialización que los diferencian. Ambas facciones poseen miradas diferentes sobre la familia y la intervención del Estado; y como se ha visto, ambos grupos de actores interpretaron e hicieron usos diferentes de la Convención de los niños.

Pero estas diferencias, además de preexistir a la causa fueron construidas en el marco de esta. Esta construcción antagónica contribuyó al mismo tiempo a forjar una imagen de sí y una identidad propia a un conjunto de actores, que además de ser heterogéneo, intentaba legitimarse en el campo de la protección de la infancia.

En efecto, este activismo fue altamente productivo. Según Villalta (2010), no solo logró visibilizar el tema de los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la minoridad, sino que también instaló y difundió el discurso de los derechos del niño en el plano local. Muchos fueron los actores que desde las instituciones se identificaron con la nueva causa y los cambios que esta promovía.

Finalmente, esto ocurrió también en el ámbito de las ciencias sociales, en donde si bien la oposición entre “el Patronato” y “la Convención”, tiñó el debate teórico Villalta, (2010), a partir de ese momento estos temas, hasta entonces poco abordados, comenzaron a ser problematizados.

III.2 Tensiones tradicionales en intervenciones sociales y en la retórica del derecho de los niños/as

Pensar en las actuales formas de intervención social y en la retórica de derecho de los niños/as como productos provisionales de procesos en los que una diversidad de actores han reclamado para sí la legitimidad para intervenir, permite observar según Villalta & Llobet, (2015) que los nuevos dispositivos de

protección, si bien auspiciosos para procurar transformaciones de las prácticas destinadas a la infancia pobre, cobran materialidad en complejos escenarios en los que distintos enfoques sobre los derechos y la protección se encuentran en disputa.

En tal sentido, la normativa y la institucionalidad que se postula, lejos de ser una suerte de receta que los agentes aplican mecánicamente, son constructos atravesados por una compleja trama de relaciones de poder, relaciones sociales y rutinas institucionales. (Villalta & Llobet, Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina, 2015)

Por ello, el análisis de las tensiones que emergen cuando se procura adecuar la protección de la infancia a un enfoque de derechos, permite observar según Villalta & Llobet, (2015) que:

“el Estado antes que constituir una estructura homogénea con una direccionalidad única y lineal, es una instancia heterogénea y por veces contradictoria en la que difícilmente se pueden delimitar espacios -o grupos y organismos- que sean uniformemente resistentes al cambio o bien partidarios de él. Asimismo, permite observar que las prácticas empleadas para la constitución y protección de los derechos de los niños son, en gran medida, producto de las interpretaciones y negociaciones de los agentes estatales y no estatales y de sus sistemas de clasificación”

Así, según de acuerdo con conclusiones de Villalta & Llobet (2015) es preciso considerar las disputas entre diferentes organismos, antes que como un telón de fondo o meros obstáculos, como elementos constitutivos de las formas que asume la intervención sobre la infancia y sus familias, ya que a partir de ellas se definen también sus alcances.

Por otro lado, en cuanto a las reediciones, la búsqueda de impacto cultural de la CDN y de las transformaciones institucionales y legislativas en ella inspiradas, ha parecido permitir enfoque de derechos. Tal como fuera señalado por Fonseca & Cardarello (2015), los sistemas clasificatorios implicaron el

pasaje de la pobreza a la negligencia como motivos de intervención.

Finalmente, nuevas problematizaciones se dan en las reconfiguraciones institucionales del campo: heterogeneidad de interpretaciones y prácticas institucionales conducen a un debate con las perspectivas que totalizan la intervención estatal, y que la hacen coincidir con la estatalidad en sentido estricto. El papel de la retórica de derechos es así controversial, en tanto trama y resignifica la protección a niños y niñas, al tiempo que articula formas de gobierno de las familias de sectores populares.

IV. Sistemas de protección integral como campos de integración

IV.1 Gobierno de la infancia y el gobierno de adultos, la administración de prácticas y conductas y la regulación de los modos familiares

De acuerdo con algunas tesis y hechos expuestos en la bibliografía relacionada al tema de los modos de intervención estatal sobre la infancia y su relación con los derechos de los niños(as) y adolescentes en la Argentina, es posible aseverar que el “gobierno de la infancia” está estrechamente relacionado con temas como el gobierno sobre (ciertos) adultos, la administración de prácticas y conductas y la regulación de los modos familiares.

En el contexto de la relación del gobierno de la infancia y el gobierno de (ciertos) adultos, y equiparando el concepto de gobierno de adultos con el de gobierno de las poblaciones, Llobet (2015) manifiesta que:

“las preocupaciones por el gobierno de las poblaciones son preocupaciones por el bienestar, y operan a distancia mediante la educación del deseo y la configuración de hábitos, aspiraciones y creencias. Niños y niñas son la población privilegiada para esta misión. El buen gobierno de los hijos constituye la “forma natural” de incorporar niños al mundo, y sus agentes visualizan esas

prácticas como producto del amor y el cuidado, o como materializaciones del “interés superior” del niño”.

En la misma línea, Fonseca & Cardarello (2015) desarrolla la noción de “infancia absoluta” descrita en los siguientes términos: “(...) vemos a la infancia de nuevo pintada como “adulto en miniatura” sólo que, en vez de negativizada (como incompleta o incompetente), aparece como una figura ideal, reflejo de la proyección de ideales adultos y digna de un paraíso sin trabajo, sin disciplina y sin responsabilidad.

También Villalta (2010) con respecto al tema de los adultos, afirma que las variadas intervenciones sobre el sector de la infancia, y sobre sus familias, bien pueden abordarse como modos de gestión de la infancia pobre, en la medida en que, de una u otra forma, han estado orientadas -a partir de modificar sus condiciones de vida, sus relaciones y en algunos casos los adultos que son considerados como los responsables y representantes de los niños- a transformar a esos sujetos en otros.

“Así, sopesando derechos y en otros casos ponderando competencias y evaluando las capacidades de los adultos que aparecen como los responsables de los niños, deben proteger al tiempo que garantizar los derechos de los niños”. Villalta (2010)

Con respecto al tema de la administración de prácticas y conductas, Villalta (2010) plantea que tensiones fundamentalmente originadas en torno a quién debe intervenir en los casos en que se considera que los niños y niñas se encuentran en riesgo o en una situación de “vulnerabilidad de derechos”, no pueden ser comprendidas sin contextualizar e inscribir históricamente este proceso. A su vez, considera que su análisis permite iluminar una faceta de las prácticas estatales, aquellas que -basadas en una retórica de “protección” o de “restitución de derechos”- conforman la dimensión tutelar del Estado.

UNESCO (2012) en relación con este tema, plantea revisar los procedimientos que operan como obstáculos para el ejercicio de los derechos de los niños y sus familias. Por ejemplo, se habla de:

“reformular los códigos procesales para simplificar los procedimientos habituales para familias, que en muchos casos se hacen inviables; o de mejorar el sistema de adopciones, agilizando los mecanismos para que, por un lado, los chicos no pasen su infancia en instituciones de menores y, por el otro, para que aquellos que quieren adoptar no se vean empujados a recurrir a redes comerciales ilegales”. UNESCO (2012)

Con respecto al último tema vinculado al “gobierno de los niños”, Fonseca & Cardarello (2015) asume el tema de los modos familiares, aseverando que, para realizar los principios humanitarios es precisa la participación activa de los agentes sociales para adecuar el espíritu de la legislación a la diversidad de contextos. Pero para que esa participación ocurra, los agentes deben, ellos mismos, reconocer la diversidad de modos de vida y visiones del mundo dentro de la sociedad –lo que no es una tarea fácil.

Finalmente, y también sobre el mismo tema, UNESCO (2012), plantea que hoy día es posible identificar en la Argentina la coexistencia de avances y deudas, planteando el gran desafío de consolidar elementos, como por ejemplo la reglamentación de las modalidades familiares, que se constituyen en condición de posibilidad para el avance hacia el pleno ejercicio de los derechos de los niños(as), y desde allí, profundizar en la identificación y el desarrollo de todas aquellas acciones que son necesarias para hacerlos realidad

Bibliografía

- Barna, A. (2013). Los derechos del niño Un campo en disputa. *Boletín de Antropología y Educación*, 4(5), 21-25. doi: ISSN 1853-6549
- Cosse, I. (2006). *Estigmas de nacimiento. Peronismo y orden familiar 1946-1955*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica-Universidad de San Andrés. Recuperado el 7 de marzo de 2018
- Fonseca, C., & Cardarello, A. (2015). *Derechos de los más y menos*. En S. Tiscornia, & M. V. Pita (Edits.), *Derechos humanos*,

- tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica (págs. 3-36). Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 14 de marzo de 2018
- Llobet, V. (2015). LA INFANCIA Y SU GOBIERNO: una aproximación desde las trayectorias investigativas de Argentina. *Revista de Ciências Sociais*(43), 37-48. doi:ISSN 1517-5901
- UNESCO. (2012). La situación de la primera infancia en la Argentina a dos décadas de la ratificación de la convención sobre los Derechos del Niño. (A. Schulte-Brockhoffe, & J. Tortoriello, Edits.) Córdoba, Argentina: Fundación Arcor. doi: ISBN 978-987-25436-4-8
- Villalta, C. (2010). La administración de la infancia en debate. Entre tensiones y reconfiguraciones institucionales. *Estudios en Antropología Social*, 1(2), 81-99. Recuperado el 21 de marzo de 2018
- Villalta, C., & Llobet, V. (2015). Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 167-180. Recuperado el 16 de marzo de 2018
- Zapiola, M. C. (2010). La Ley de Patronato de Menor es de 1919: ¿una bisagra histórica? En L. Lionetti, & D. Míguez, *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1890-1960)* (págs. 117-132). Buenos Aires: Prohistoria. Recuperado el 2 de marzo de 2018

Violaciones de derechos humanos: un caso de detención arbitraria que invita a indagar y reflexionar

*Joaquín Pablo Reca*¹ | Universidad Nacional
*Mariano Plaza*² | de La Plata

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 593-606
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e321>

I. Introducción

En el ámbito del derecho –sobre todo en el de los derechos humanos- se nos suelen presentar varias alternativas para encuadrar –con su posterior resolución- un hecho particular como el que detallaremos y resolveremos en el presente artículo.

Es en ese orden de ideas que advertimos la importancia –de manera preliminar- de llevar a cabo una conceptualización de las distintas opciones que se nos pueden presentar a la hora de llevar adelante un caso –ya sea como abogados, investigadores, miembros de una ONG- para poder encuadrar “de la mejor manera” el caso, lo cual nos conducirá a un mejor resultado en el mismo.

¹ Abogado graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; Maestría en Derechos Humanos, en progreso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; colaborador en la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; asistente en cursos sobre la materia; expositor en seminarios y jornadas de Derechos Humanos; publicaciones sobre los distintos factores que conculcan Derechos Humanos.

² Abogado graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; Maestría en Derechos Humanos, en progreso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; investigador en el Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales (OREI) de la Universidad Nacional de La Plata y coautor de informes semestrales realizados por dicho espacio académico.

Es por todo esto que, consideramos relevante hacer una breve descripción de lo que se entiende por delito, crímenes internacionales y violación de derechos humanos.

II. Caso práctico

Lucian Padurau, ciudadano rumano, fue detenido el 27 de julio de 2006 en la puerta de su casa, en Barcelona, por cinco agentes de los Mossos d'Esquadra, que lo confundieron con otra persona. Contó que lo habían golpeado en la misma calle al detenerlo y que también habían agredido físicamente a su esposa, que estaba embarazada y se encontraba con él en ese momento. Dijo que lo habían sometido de nuevo a agresiones físicas cuando lo llevaban en un vehículo de la policía a la comisaría, además de amenazarlo con un arma y de decirle: “Más te vale tragártelo todo. Si la jueza te suelta te matamos nosotros”. Los agentes continuaron golpeándolo hasta que llegaron a la comisaría de Les Corts, donde un agente de servicio en ella les advirtió: “No le peguéis más, aquí hay cámaras”.

III. ¿En el presente caso hay violación de derechos humanos y/o un crimen internacional y/o un delito?

III.1. Crímenes internacionales

En lo que respecta a los crímenes internacionales, hay que destacar que si bien su tipificación constituye un gran avance y una herramienta relevante para la promoción de los derechos humanos, la corte internacional competente no es -propiamente- una Corte de Derechos Humanos, ni una institución encargada de monitorear el cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados³. Por su parte, la protección de los derechos humanos es, primordialmente, una competencia de los

³ Fernández de Gurmendi, S. (2000) “La Creación de la Corte Penal Internacional. Relaciones Internacionales”. Revista Relaciones Internacionales, Instituto de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (IRI), Vol. 9 No. 19, Argentina, pp. 2 a 3. <https://>

propios Estados, ya que como se explicará más adelante son una obligación impuesta a ellos en relación a los individuos sujetos a su jurisdicción.

En esa dirección es que encontramos a la Corte Penal Internacional (en adelante la CPI), institución que fue el resultado de una larga negociación entre Estados que arribaron al consenso, por el cual “la cultura de la impunidad debía dar paso a la cultura de la responsabilidad”⁴, y que debían arbitrarse los modos para juzgar aquellos crímenes tan graves que no solo afectaban a las víctimas sino también ofendían la conciencia universal. Su creación surge del Estatuto de Roma de 1998, donde se establecen los lineamientos de su funcionamiento y se tipifican los delitos que juzgará; de tal modo, debemos mencionar dos características fundamentales en cuanto a su funcionamiento, como son: el juzgamiento a personas y no a Estados por parte de la CPI, siendo su competencia complementaria de la jurisdicción de los Estados y, su segunda característica versa sobre la actuación que lleva a cabo dicha Corte que solo actuará en los casos en que el Estado de que se trate no pueda o no quiera cumplir con su deber de juzgar los crímenes internacionales cometidos en su territorio. En este sentido, el artículo 17 del Estatuto establece que la Corte declarará inadmisibile un caso cuando: i) el asunto sea objeto de una investigación o de acción penal por parte del Estado competente; ii) el asunto haya sido investigado por un Estado y aquel haya decidido no entablar una acción penal o iii) la persona de que se trate haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.

En cuanto a la competencia que ejerce la CPI se limitará solo a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1675/1615. Fecha de consulta 13 de noviembre de 2018.

⁴ Collantes González, J. L. (2002) “La Corte Penal Internacional. El Impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 4, España. Recuperado de http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.html. Fecha de consulta 15 de noviembre de 2018.

internacional, como son: el genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra y el crimen de agresión⁵. Respecto a este último, como no ha podido ser aprobada una disposición en la que se lo defina, ha quedado hasta la actualidad, al margen de la competencia de la Corte.

En relación al genocidio, dicho crimen comprende: matanzas; lesiones graves a la integridad física o mental; sometimiento a condiciones de existencia que puedan acarrear la destrucción; medidas destinadas a impedir nacimientos; traslados por la fuerza de niños perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

En tanto que los crímenes de lesa humanidad abarcan: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación o privación grave de la libertad física; tortura; violación o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia; desaparición forzada; crimen de apartheid, u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimiento o atenten contra la integridad física o mental cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Por último, los crímenes de guerra serán competencia de la CPI cuando:

...se cometan como parte de un plan o política o como parte de una comisión a gran escala de tales crímenes, y comprenden infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional; en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de

⁵ Estatuto de Roma.

1949; otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional⁶.

III.2. Delito

Por su parte, el delito común es un concepto eminentemente nacional, es decir, legislado o tipificado y perseguido por cada Estado. Un delito puede ser definido en forma general como “el incumplimiento a una norma”, pero dentro de esta definición se abarca tanto al delito civil como al penal. Es por eso que delito puede ser entendido como “una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal⁷ o, como establece el ordenamiento jurídico español -en estudio para el caso práctico- como una “acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley”⁸.

Sin entrar en mayor análisis en cuanto a los elementos del delito, surge claramente que la adecuación a una figura penal importa la previa existencia de una ley de un Estado que estableció que determinada conducta sería calificada como delito, y que le correspondería una pena.

De este modo, al resolver el caso práctico, es requerido un análisis de las leyes penales del Estado de que se trate para develar si la conducta descrita se adecúa a un tipo penal pre-existente. Así, entendemos que podría encuadrarse el hecho en el artículo 167 del Código Penal español correspondiente al

⁶ Naciones Unidas. En línea en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>. Fecha de consulta 17 de noviembre de 2018.

⁷ Soler, S. (1999) “*Derecho Penal Argentino I*”, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, pp. 52 a 53. <https://es.scribd.com/doc/144581136/Soler-Sebastian-Derecho-Penal-Argentino-Tomo-I>. Fecha de consulta 17 de noviembre de 2018.

⁸ Cfr. art. 10, Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal Español. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/1010-1995.html. Fecha de consulta 16 de noviembre de 2018.

“Título VI Delitos contra la Libertad, Capítulo Primero De las Detenciones Ilegales y Secuestros”, el cual establece:

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

Concurrentemente podría enmarcarse el caso en el artículo 169 del “Título VI Delitos contra la Libertad, Capítulo Segundo de las Amenazas” que criminaliza la amenaza de causar a la persona “...su familia, o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos...”, como así también en el artículo 147 incisos 1 o 2 del “Título III De las Lesiones” dependiendo la gravedad de las lesiones sufridas por la persona.

III.3. Violación de derechos humanos

Debemos tener presente que el término violaciones de derechos humanos “no se aplica a una determinada clase de actos atroces, tal como la tortura, la desaparición forzada o el asesinato, sino, con todo rigor, a la comisión de estos actos por el Estado o sus agentes. En esta línea, se adhieren algunos teóricos de las organizaciones no gubernamentales de DD.HH. en América Latina, quienes insisten en esta diferencia elemental entre lo que es un delito (cometido por personas particulares) y una violación de derechos humanos (cometida por el Estado)”⁹

Asimismo, organismos internacionales -como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos- han manifestado los supuestos en los que se estaría en presencia de una violación de derechos humanos, sosteniendo que:

⁹ Huhle, R. (1993) “La violación de los derechos humanos. ¿Privilegios de los Estados?”, Revista Memoria N°5, de Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika, KO'AGA ROÑE'ETA se.iv. <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>. Fecha de consulta 12 de diciembre de 2018.

As an abstract entity, however, a State does not “act” by itself, but rather through its agents, who may be individually identifiable.

To make a finding that a human rights violation has occurred, an investigative body must be satisfied, to the standard of proof adopted, that:

(a) the incident or violation occurred under the substantive human rights law (e.g., prohibition of torture or discrimination); and

(b) the State itself or its agent(s) carried out the act, or omission, that comprised the violation¹⁰.

Lo expuesto se puede traducir en la idea del Estado como una “entidad abstracta” que no actúa por sí solo, sino a través de sus agentes, quienes pueden ser individualmente identificables; además, para hacer una constatación de que se ha producido una violación de los derechos humanos, un órgano de investigación debe estar satisfecho, según el estándar de prueba adoptado, de que la violación ocurrió de acuerdo a legislación sustantiva de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de la tortura o la discriminación); y que el propio Estado o sus agentes llevaron a cabo el acto u omisión que conformó la violación.

IV. Resolución del caso

IV.1. Incumplimiento de instrumentos internacionales: violaciones de derechos humanos

En virtud de lo hasta aquí mencionado, es que en el presente caso estaríamos en presencia tanto de un delito como de una violación de derechos humanos por el accionar de los agentes del Estado.

¹⁰ United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner (2018) “*Who’s responsible? Attributing individual responsibility for violations of international human rights and humanitarian law in United Nations commissions of inquiry, fact-finding missions and other investigations*”, New York and Geneva, pp. 29 a 30. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AttributinGIndividualResponsibility.pdf>. Fecha de consulta 17 de noviembre de 2018.

En este último vemos –de manera cronológica respecto al actuar de los Mossos d'Esquadra- cómo se conculcan derechos y garantías que se plasman en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como detención arbitraria (cfr. arts. 9, Declaración Universal de Derechos Humanos –en adelante DUDH-; 9, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹ –en adelante ICCPR-; 5 incs. 1 y 2, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹² –en adelante CEDH- y 6 inc. 4, Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹³ –en adelante UNCAT-).

Cabe mencionar en el caso de la DUDH que si bien no tiene fuerza obligatoria por tratarse de una declaración y no de un tratado, no deja de tener una notoria importancia y que, dada su connotación histórica-simbólica para la comunidad internacional, la misma no deja de ser un “documento vivo”, siendo su espíritu transmitido a una serie de convenios y pactos de la comunidad de los Estados participantes de las Naciones Unidas –en adelante ONU-, así como el ICCPR de 1966, la UNCAT de 1984 y muchos más, que sí son tratados internacionales que obligan a los Estados ratificadores a cumplir con ellos. Por eso, es que dicha declaración es la “piedra angular” de los derechos reflejados en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y, por los cuales luchan asiduamente las distintas ONGs regionales e internacionales; de igual modo, la trascendencia de la DUDH la vemos puesta de manifiesto en distintos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España que, en materia interpretativa, prevé: “Las normas relativas a los

¹¹ España realizó el depósito de la ratificación el 27 de abril de 1977. <http://www.sinrefugio.org/noentra/PDF/cast/tratados.pdf>. Fecha de consulta 4 de diciembre de 2018.

¹² España realizó el depósito de la ratificación el 4 de octubre de 1979, publicado en el boletín oficial del estado el 10 de octubre de 1979. <http://www.sinrefugio.org/noentra/PDF/cast/tratados.pdf>. Fecha de consulta 4 de diciembre de 2018.

¹³ España realizó el depósito de la ratificación el 21 de octubre de 1987. <http://www.sinrefugio.org/noentra/PDF/cast/tratados.pdf>. Fecha de consulta 4 de diciembre de 2018.

derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos...”.

Otro de los derechos que observamos transgredido es el referido a la tortura (cfr. arts. 1, UNCAT¹⁴; 5, DUDH; 3, CEDH; 2 inc. 1, ICCPR).

Por otro lado, entendemos como dato relevante el de la nacionalidad de la persona detenida “...ciudadano rumano...”, lo cual nos permite conjeturar que los derechos conculcados -mencionados con antelación- orbitan en la esfera de la discriminación (cfr. arts. 1 inc. 1¹⁵, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁶ 2, DUDH; 7, ICCPR y 14, CEDH).

No se debe hacer caso omiso de la agresión física sufrida por la esposa del detenido. Esta circunstancia nos habilita a sostener que, si bien los instrumentos en materia de derechos humanos aludidos en párrafos anteriores hacen a la dignidad¹⁷ de todo “ser humano”, creemos necesario que para llevarse a

¹⁴ Dicho artículo -en su primer apartado- edifica los presupuestos para poder hablar de “tortura”, entendiéndola a aquella como “...*todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o*”

¹⁵ Este catálogo reza que “discriminación racial” denota “...*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”. <https://www.humanium.org/es/convencion-internacional-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-racial/>. Fecha de consulta 14 de diciembre de 2018.

¹⁶ Ratificado por España en el año 1984. <http://indicators.ohchr.org/>. Fecha de consulta 4 de diciembre de 2018.

¹⁷ Algunos autores la ha definido de “*Un valor singular que se nos presenta como una llamada al respeto incondicionado y absoluto y del cual se desprenden diversos principios, tales como: principio de respeto, de no-malevolencia y benevolencia*”, Bota, J. V. (2009), “*Valores y Principios – La Dignidad Humana y sus implicancias éticas*”, Asociación Catalana de Estudios Bioéticos (ACEB), Cap. IV “*La dignidad humana, un valor fundamental*”. <http://bioetica.cat/valores-y-principios-la-dignidad-humana-y-sus-implicaciones-eticas/>. Fecha de consulta 6 de diciembre.

cabo una investigación satisfactoria es imprescindible prestar atención a la protección específica que dichos catálogos internacionales dedican a ciertos colectivos (v. gr. personas con discapacidad, comunidades originarias o, como se presenta en el caso, respecto de la mujer a través de la “Convención sobre la Eliminación de toda las Formas de Discriminación contra la Mujer” –en adelante CEDAW-¹⁸.

Por lo que advertimos una conveniencia en el tratamiento específico –de ciertos colectivos- que realizan los documentos de derechos humanos, como sucede con la CEDAW, ya que no solo pone de resalto el avance en la materia estudiada sino también, la edificación de un “vallado infranqueable” frente a las potestades de los Estados.

IV.2. Responsabilidad estatal

De manera preliminar debemos acentuar que el acontecimiento tomó lugar en una “comunidad autonómica”, como es la de Cataluña, por lo que habría que preguntarse si le cabe algún tipo de responsabilidad frente a la comunidad internacional.

En esa línea, debe considerarse al respecto lo dictaminado por el Tribunal Constitucional de España¹⁹, el cual reconoce que las comunidades autónomas pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior pero recuerda que –en todo caso- se debe respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, tal y como prevé el artículo 149.1.3 de la carta magna española.²⁰

¹⁸ España realizó el depósito de la ratificación el 5 de enero de 1984. <http://www.sinrefugio.org/noentra/PDF/cast/tratados.pdf>. Fecha de consulta 13 de diciembre de 2018.

¹⁹ Cfr. art. 159 y ss., Constitución española, promulgada el 27 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Fecha de consulta 15 de diciembre de 2018.

²⁰ Sentencia 77/2017, de 21 de junio (BOE núm. 171, de 19 de julio 2017), ECLI:ES:TC:2017:77. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25386>. Fecha de consulta 6 de diciembre de 2018.

De lo anterior inferimos, que la responsabilidad internacional recaería en cabeza del Estado español por el accionar de los Mossos d'Esquadra.

Habiendo dicho esto, lo siguiente que deberíamos preguntarnos es, ¿qué tipo de responsabilidad se le debiera endilgar a España en el caso que nos convoca?

La responsabilidad de los Estados en casos de violación de derechos humanos puede definirse en tres niveles. Teniendo en cuenta que los Estados tienen el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos para todas las personas bajo su jurisdicción, la responsabilidad que les cabe es por acción, omisión o falta de debida diligencia respectivamente. De esta manera, en un primer plano de análisis la responsabilidad del Estado español es por acción, ya que la actuación de agentes estatales produjo una violación de derechos humanos plasmados en instrumentos internacionales ratificados por España y, consecuentemente, violó el deber de “respetar”.

En este caso, reparamos en el hecho de que la detención del ciudadano rumano versa tanto de un delito como de una violación de derechos humanos, por lo que correspondería la actuación del Poder Judicial local para evitar que el Estado español incurra en responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y, así, se habilite así la instancia internacional. Si el aparato judicial actúa y resuelve el caso satisfactoriamente, cesaría la violación de derechos humanos al ser éstos una obligación entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción.

Por lo tanto, convenimos en la responsabilidad del Estado subsidiaria a la investigación local. Si el Estado no investiga y el caso va al ámbito internacional, habrá entonces responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos.

Por otro lado, y como se expresa *infra*, el Estado español podría ser pasible de responsabilidad por falta de debida diligencia en el caso de fallar en la “garantía” del goce de derechos humanos.

IV.3. Los derechos humanos y su debida diligencia

En el ámbito internacional de los derechos humanos es latente la preocupación respecto de la tortura, por la cual los Estados se han ido comprometiendo -por medio de las ratificaciones de los distintos instrumentos internacionales- a perseguirla, prevenirla y en su caso a penarla con la debida contundencia sin dejar ningún espacio a la impunidad.

A pesar de que 165 Estados han ratificado la UNCAT²¹ la tortura sigue presente en al menos 98 países y en todas las regiones del mundo. En muchos es un delito oculto que permanece en las sombras y la impunidad.

Este es el caso de España donde, si bien no de forma sistemática, la tortura y los malos tratos son demasiado frecuentes para considerarlos excepciones anecdóticas.

Lo han denunciado los organismos internacionales, desde el Comité de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²² hasta organizaciones independientes de defensa de los Derechos Humanos.

El persistente incumplimiento de las recomendaciones hechas por organismos internacionales para su prevención o para la adecuación de la definición de tortura en el Código Penal español con la UNCAT son síntomas graves de una falta de voluntad política de atajar esta práctica desde las responsabilidades del Estado.

Por eso, y frente a la inacción del Estado español, v. gr. falta de adecuación de la tipificación del delito de tortura en el

²¹ Nueva Tribuna. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en. Fecha de consulta 12 de diciembre de 2018.

²² El 31 de mayo de 2016 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España en el caso "*Beortegui Martínez c. España*" (*Demanda n°36286/14*), mediante el cual se fijó una indemnización de 20.000 euros por daños morales y 3.500 euros de costas, debido a las torturas que alegó la parte actora sufridas por la Guardia Civil. Esta sentencia, creemos, es de gran relevancia debido a que la misma nos alerta sobre prácticas que se manejan con cierta asiduidad (casos centinelas).

Código Penal en relación a la definición de la Convención, como tampoco tomar medida alguna para salvaguardar a las personas en régimen de incomunicación o la falta de profundización de programas educativos sobre la prohibición de la tortura a los agentes de la fuerza del orden, entre otras estimamos que se le debiera atribuir responsabilidad.

V. Hipótesis vs. Realidad: ¿cómo terminó el caso?

“La Audiencia de Barcelona ha condenado a seis años y siete meses de cárcel a tres Mossos d’Esquadra por las torturas y lesiones infligidas a un rumano que fue confundido con un delincuente. Cuando se produjo la detención, Lucian P. iba acompañado de su novia, embarazada de dos meses, que también recibió un trato degradante de otros dos agentes. Uno ha sido condenado a dos años y tres meses de cárcel y otro a 2.400 euros de multa. Ésta es la sentencia más dura dictada contra los agentes de la policía autonómica catalana en los 25 años que ahora se cumplen de su despliegue”.

“Lucian P. , de 28 años, se marchó hace cuatro meses a Rumania, donde trabaja de albañil. ‘No tengo ningún interés en volver’, explicó ayer en conversación telefónica con EL PAÍS. Se casó con su novia y tuvieron un hijo, pero no ha olvidado lo sucedido. ‘Sigo pensando en lo ocurrido y cuando quedé en libertad siempre miraba para atrás’, explica. Está ‘bastante satisfecho con la sentencia y asegura que confiaba en la Justicia. Por eso llegué tan lejos, aunque pasé mucho miedo en el juicio’”²³.

“Iván Fernández, abogado de la víctima, mostró ayer su satisfacción con la sentencia. El Departamento del Interior de la Generalitat de Cataluña aseguró ayer que la está analizando para decidir las medidas jurídicas y laborales que adoptará”²⁴.

²³ Diario El País. En línea en: https://elpais.com/diario/2008/11/26/espana/1227654009_850215.html, segundo párrafo. Fecha de consulta 12 de diciembre de 2018.

²⁴ https://elpais.com/diario/2008/11/26/espana/1227654009_850215.html, sexto párrafo. Fecha de consulta 12 de diciembre de 2018.

VI. Conclusión

Resulta singularmente interesante el caso trabajado en esta oportunidad.

Indudablemente, en el mismo se pone en juego la complejidad jurídica y operativa del tema frente a una situación dada; aspecto que nos ha llevado a indagar con el estilo sinóptico que caracteriza este tipo de labor sobre las circunstancias que enmarcan el efectivo derecho aplicable y –naturalmente- la complejidad que da razón y tipifica el alcance de los derechos humanos. En este sentido, no es posible soslayar el universo del ordenamiento jurídico, sus tribunales (resoluciones) y, por ende, los contenidos punitivos propios de cada país, enlace necesario con lo previsto en el terreno internacional.

Todo lo cual, resulta enriquecedor en la búsqueda de la imperiosa certeza que deben guiar los propósitos de toda investigación de violación de derechos humanos.

INVESTIGACIONES



Lo sagrado en la tierra

Después se trata de los libros
o de algo que ha de quedar en la memoria
algo que se pierde y también
que deja trascendencia
el deseo puesto en lo que no palpita
arrodillarse y escarbar
una intrincada geometría pone orden
a lo sagrado en la tierra
fijar el vértigo en un punto
despejar el misterio y revelarlo

o en la cueva oscura encender el fuego
y quemar el mapa.
Ningún río nos espera.

Autora: Norma Etcheverry

Arte de la portada: Antonela Torretta
(diseño y edición digital)

Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados

Juan R. Stinco¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 609-707

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e322>

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

“Cuando no podés medir un fenómeno, cuando no podés cuantificarlo, tu conocimiento sobre el mismo es magro e insuficiente”

Lord Kelvin²

I. Introducción, explicaciones metodológicas y objetivos

En la actualidad, el sistema de administración de justicia está siendo objeto de análisis y críticas. Ocupa gran parte del espacio periodístico y de las agendas políticas. Si bien este fenómeno ocurre en nuestro país, no es exclusivo de él.

Creo que sería justo sostener que desde tiempos remotos el sistema de administración de justicia se mantiene en una constante evolución. Sin embargo, hace más o menos 20 años que en diversos países se han encarado profundas reformas al sistema de justicia, medidas que llaman poderosamente la atención no sólo por su temporalidad y cierta homogeneidad, sino también por las críticas a los resultados obtenidos.

¹ Abogado. Doctor en derecho (UBA). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral) y MBA (UADE) especialista en derecho ambiental (UB), docente de la UBA y la UB.

² “When you cannot measure it, when you cannot express it in numbers, your knowledge is of a meagre and unsatisfactory kind”. Thomson, William, *Electrical Units of Measurement*, Nature Series, Popular Lectures and Addresses, Vol. I, p. 73, Macmillan and Co., New York, 1889.

Constantes análisis se focalizan en la credibilidad, la efectividad, la independencia, la contribución a la tutela de los derechos humanos y sociales, el rol en la promoción de una económica próspera, como así también en la capacidad para resolver conflictos; aspectos que comportan que la problemática asociada nunca sea resuelta.

Es por ello que hemos decidido encarar el presente trabajo de aproximación en la creencia de vez que esos aspectos tienen estrecha relación con los perfiles que son privilegiados por los sistemas de selección de magistrados, siendo éste el enclave del presente trabajo. En efecto, existe una conjunción entre:

- a) El desarrollo histórico de los sistemas de administración de justicia;
- b) El actual contexto social;
- c) Los efectos en las economías de los países;
- d) La permanente evolución del sistema de administración de justicia;
- e) Los recientes procesos de reforma implementados;
- f) Los mecanismos de selección de los magistrados.

La interrelación de tales factores contribuye a la definición, muchas veces implícita, de los perfiles de los candidatos que finalmente se convierten en magistrados. Por ello intentaremos aproximar un análisis sobre cómo está operando entre nosotros el sistema de designación de magistrados, relacionándolo con el detalle de variables que realizamos arriba.

Para ello procedimos a revisar la evolución misma de los sistemas de justicia a lo largo de la historia, fincarnos en los actuales procesos de reforma con particular énfasis en los procesos de selección de magistrados. Naturalmente, no es intención del presente trabajo realizar un estudio y repaso profundo de los aspectos históricos, sino simplemente explicitar los grandes hitos o rasgos de la evolución de modo tal de dar cuenta que la misma ha sido permanente a lo largo del tiempo y que las problemáticas que actualmente se discuten distan de ser novedosas.

De este modo repasamos las experiencias de algunos países que entendemos relevantes para comprender las propias. Así pasaremos revista por los sistemas judiciales del Reino Unido, de los Estados Unidos de América y España. Seguidamente repasaremos sucintamente la génesis de las estructuras judiciales en Latinoamérica y revisaremos liminarmente los sistemas judiciales de Chile y Perú.

Cada uno de estos sistemas ha sido elegido por diversos motivos. El primero, dado que es quien posee un relato más sistematizado de su evolución histórica, que en la actualidad muestra un mayor respeto institucional, además de haber sido la fuente del siguiente caso analizado. El caso de los Estados Unidos, resulta relevante para nosotros dado que al tratarse de una de las principales fuentes constitucionales compartimos varios aspectos en común. El caso de España nos pareció útil dado que si bien en la actualidad ha evolucionado de manera diversa, mucha de la idiosincrasia que hoy transitamos puede tener reflejo en lo sucedido en la época colonial. Los restantes casos latinoamericanos han sido seleccionados por poseer una mayor relación cultural con el mundo anglosajón y el restante por la novedad de la última reforma.

En esta instancia repasaremos cómo es el sistema de justicia en la Argentina, el sistema de selección de magistrados federales y alguna información cuantitativa al respecto.

Seguidamente intentaremos una aproximación a los impactos que produce el funcionamiento de los sistemas judiciales en la economía. Así, a partir de una investigación realizada en un país vecino, acercamos al lector estimaciones sobre los efectos económicos del sistema de justicia. Este aspecto, en general, carece de estudios concretos.

Como todo trabajo preliminar corresponde explicitar las limitaciones metodológicas encontradas. En primer lugar, ha sido vocación del mismo intentar cuantificar los diversos aspectos tratados; sin embargo solo se ha encontrado, a la fecha, información desactualizada e imprecisa. Lo natural sería desecharla,

sin embargo hemos privilegiado mostrar alguna de ella a efectos de acercar al lector diversas posibilidades según el estado del arte. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se podrá encontrar estadísticas sobre cómo se han designado magistrados en función de su afinidad partidaria, algo que entre nosotros resulta inimaginable. Por otro lado, también se han incorporado datos de distintos países sobre cantidad de magistrados cada 100.000 habitantes, cantidad de ingresos de causas, que -si bien se trata de información no actual- sirve para mostrar que se podría desarrollar un camino tendiente a estudiar cuantitativamente el funcionamiento de los sistemas judiciales e intentar hacerlos comparables con experiencias comparadas. También hemos privilegiado la claridad en la exposición por sobre el sistema de citas. En efecto, al tratar sobre descripciones, se puso énfasis en tratar de realizar una redacción amigable, mencionando las fuentes en aspectos muy exclusivos, dejando para un apartado final la mención de cada una de la bibliografía consultada.

Como señalábamos más arriba, el sistema de administración de justicia evoluciona permanentemente. Su creación resulta previa al surgimiento de los actuales sistemas democráticos. Por ello sus paradigmas han elaborado instrumentos en procura de satisfacer necesidades sociales diversas a las actuales.

La reforma del sistema de administración de justicia, no sólo es una necesidad de la sociedad, sino también de los propios magistrados que necesitan contar con herramientas institucionales para mostrar su indudable aporte a la sociedad. No se tratan de aspectos coyunturales, ya que el enclave de la crisis actual podría encontrarse en la ausencia de una guía evolutiva sobre los aspectos sustanciales en clave democrática que permitan el desarrollo de las mejoras sin enervar de ningún modo la independencia judicial.

Por ello el desafío de las reformas de los sistemas de justicia actuales implica la tutela de los intereses de diversos sectores que han sentido que sus demandas de justicia no han sido adecuadamente conducidas, y que sostienen que la causa de ello

ha sido la falta de receptividad de los administradores de los sistemas de justicia.

Entre estos grupos sociales cabe señalar a los siguientes:

- a) Grupos políticos de promoción de los derechos humanos quienes se han manifestado preocupados por la pasividad del sistema de administración de justicia frente a la tutela de los derechos individuales y sociales, en particular en los períodos de gobiernos no democráticos.
- b) Fuerzas políticas que promueven la creciente democratización del Estado y perciben al sistema de administración de justicia como una superestructura burocrática de limitada sensibilidad frente a los cambios sociales y con una disposición negativa frente a cualquier forma de responsabilidad frente a la sociedad civil o las instituciones democráticas.
- c) Parte del sector privado que posee un creciente escepticismo frente a la habilidad del sistema de administración de justicia para realizar su función resolutoria de conflictos en sintonía con las necesidades del mercado
- d) Asociaciones civiles cada vez más interiorizadas, que expresan su preocupación por el desempeño general del sistema de administración de justicia en la región, en procura de eficiencia y eficacia en los procesos, y la proclama de una sensibilidad mayor en la tutela de los conflictos sociales.
- e) Demandas sociales que promueven iniciativas contra la corrupción, extremo que ha contribuido a profundizar el deterioro del sector justicia ante la opinión pública.

La mayoría de las iniciativas de reforma del sistema judicial han sufrido una fuerte sensación de frustración por la falta de receptividad dentro del propio sistema ante las crecientes necesidades de justicia o bien por la ausencia de mejoras sustanciales.

No puede desconocerse que el Estado de derecho requiere la existencia de un grado de seguridad jurídica y un sistema de administración de justicia eficiente, aspectos centrales para

la consolidación del sistema democrático de gobierno y para el desarrollo económico. Así, en los últimos años los países de la región trabajaron en proceso de cambios políticos, económicos y sociales, en los cuales los sistemas judiciales han tenido un creciente protagonismo.

La consolidación de la gobernabilidad democrática y el funcionamiento de las fuerzas del mercado requieren de un sistema judicial independiente, confiable, fuerte, eficiente, equitativo y moderno que no sólo asegure un ambiente de inversión y crecimiento sino también sea una garantía de legitimidad a la hora de asegurar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Dicha legitimidad va asociada con desafíos históricos del sistema de administración de justicia y también con otros más propios de los tiempos que corren, pues la capacidad del sistema judicial de hacer respetar la ley y ejercer su papel de contralor frente los otros órganos del Estado resultan una parte de las funciones que en la actualidad la sociedad reclama de los estrados judiciales.

En efecto, a nivel conceptual, la medición de una justicia eficiente y de calidad requiere atención a tres elementos, el derecho sustantivo, las normas legales que el gobierno espera; hacer cumplir la ley; toma de decisiones judiciales, la manera en que los tribunales encuentran hechos y aplican derecho sustantivo a esos hechos; y la administración judicial, el proceso y trámites de qué tribunales toman conocimiento de las disputas y las presentan a los responsables de la toma de decisiones judiciales para disposición.

Si bien estas tres áreas están interrelacionadas, y deben considerarse como un todo durante las reformas, en general prevalece la atención a la administración judicial, la que debería medirse a través de los conceptos de eficiencia, acceso, equidad, confianza pública e independencia judicial.

El desafío del sistema judicial y de los magistrados que lo componen, enfrenta muchísimos aspectos. Las dinámicas sociales han evolucionado a distintas revoluciones que las propias del

sistema de administración de justicia. En definitiva, este trabajo intenta mostrar parte de esas complejidades.

II. El sistema de justicia en el Reino Unido

II.1. Su evolución histórica

El sistema judicial del Reino Unido es fruto de una evolución ancestral. La justicia el mundo anglosajón, e incluso después de la invasión normanda de 1066, implicó una combinación de gobierno local y real.

Originariamente los tribunales locales estaban presididos por un Señor feudal y la King's Court -Curia Regis-, al principio fue presidida por el mismo Rey.

Hasta casi finales del siglo XII para determinar la culpabilidad o la inocencia en los casos penales se recurría a un juicio por ordalía, sistema que implicaba que los acusados se veían obligados a recoger una barra de hierro al rojo vivo, sacar una piedra de un caldero de agua hirviendo, o algo igualmente doloroso y peligroso. Si su mano había comenzado a sanar después de un tiempo estipulado, se consideraba que tenían a Dios de su lado, demostrando así su inocencia. Otro medio probatorio popular involucraba mecanismos no menos polémicos, por ejemplo, los acusados eran atados y arrojados a un lago u otro cuerpo de agua, y se esperaba que algún resultado vinculado a su flotabilidad para determinar su inocencia.

Recién bajo el reinado de William II (1087-1100) se prohibió el juicio por ordalía y finalmente fue condenado por la Iglesia en 1216. Sin embargo las disputas criminales y civiles también podrían decidirse mediante un juicio por combate, con una victoria para demostrar la inocencia o el derecho a cualquier propiedad que se disputa. Empero, las partes podría emplear a sus propios campeones o rentar los de terceros.

Naturalmente, el juicio por combate cayó en desuso para los casos civiles, siendo finalmente prohibida, lo que obligó a los litigantes a confiar en mecanismos más convencionales.

Así fue como durante este período, los magistrados obtuvieron gradualmente la independencia del monarca y del gobierno. Los primeros jueces, en el siglo XII, eran funcionarios de la Corte y tenían experiencia particular en asesorar al Rey sobre la solución de controversias. De ese grupo evolucionaron los Justices in Eyre, que poseían una jurisdicción administrativa y judicial mixta. Este sistema nunca logró consolidarse dada la arbitrariedad de sus decisiones.

Existe cierto consenso respecto de que la génesis del moderno sistema de justicia anglosajón debe atribuirse a Henry II (1154-1189), quien estableció un jurado de 12 caballeros locales para resolver disputas sobre la propiedad de la tierra. Cuando Henry llegó al trono, solo había 18 jueces en el territorio, en comparación con más de 40.000 en la actualidad.

Con el tiempo, un nuevo tribunal permanente, la Court of the King's Bench, evolucionó y los procedimientos judiciales ante el Rey se consideraron separados de los procedimientos ante el Consejo del Rey (King's Council).

En 1166, Henry emitió una Declaración en el Assize of Clarendon (un assize fue una forma temprana del Consejo del Rey; el término más tarde se convirtió en el nombre de una sesión de un tribunal).

La Assize of Clarendon ordenó a los restantes jueces que no eran miembros de la Court of King's Bench que viajaran por el país, que estaba dividido en diferentes circuitos, decidiendo los casos. Para hacer esto, usaban la jurisprudencia emanada de los jueces en Westminster, un cambio que significó que muchas costumbres locales fueron reemplazadas por nuevas nacionales. Estas nuevas costumbres imperativas e interpretaciones legales nacionales se aplicaban a todos y, por lo tanto, eran comunes a todos. Incluso hoy, los conocemos como el "Common Law".

El sistema de jueces con asiento en Londres conjuntamente con los restantes magistrados que viajaban por todo el país se conoció como el "Assize System", el que perduró hasta 1971.

Durante el siglo XIV, bajo el reinado de Edward III, existía una permanente colaboración entre la Court of King's Bench y el King's Council. Posteriormente se sumó la Court of Exchequer, con competencia en materia financiera, como resultado de la escisión de un grupo de técnicos de la Royal Household.

A mediados del siglo XIII, los caballeros habían comenzado a unirse a los clérigos como magistrados. Los primeros jueces profesionales fueron nombrados por orden de serjeants-at-law. Estos fueron los abogados que ejercieron en la Court of Common Pleas. Esto constituye un importante antecedente, ya que significaba que para ser un magistrado integrante del sistema de justicia se requería una experiencia profesional previa en el ejercicio legal. A lo largo de los años, los serjeants-at-law fueron superados en popularidad por barristers y solicitors, e incluso hoy en día, estos son los grupos de los cuales se eligen los magistrados.

Durante estas épocas, los sobornos y dádivas eran comunes, recién a mediados del siglo XIII este incipiente Poder Judicial fue acusado abiertamente de corrupción. En 1346, los magistrados se vieron obligados a jurar a que no aceptarían regalos o recompensas provenientes de las partes de los procesos bajo su competencia, sin importar el valor. Paralelamente, los salarios judiciales se incrementaron.

Como puede observarse, un nuevo tipo de corte comenzó a evolucionar, se trata del "tribunal de magistrados". Estas cortes se remontan a la corte simulada anglosajona y a la corte señorial, pero su nacimiento oficial se produjo en 1285, durante el reinado de Edward I, cuando se encargó a un grupo de hombres honorables mantener la paz del Rey. A partir de ese momento, y hasta la actualidad, los Justices of the Peace han emprendido la mayor parte del trabajo judicial realizado en Inglaterra y Gales. Hasta la introducción de nuestro moderno sistema de consejos en el siglo XIX, los Justices of the Peace también gobernaban el país a nivel local.

El siglo XIV encontró a los magistrados involucrados en política; por ejemplo, los Chancellors del Rey Edward III eran jueces del Common Law.

En 1387, dado que se pretendía limitar los poderes reales, un grupo de jueces intervinieron en un conflicto entre el Parlamento y el Rey Richard II. Todos fueron acusados, condenados y sentenciados a muerte, aunque solo uno fue ejecutado, siendo el resto desterrados a Irlanda. La consecuencia fue que durante los próximos dos siglos el sistema de administración de justicia se mantuvo casi completamente alejado de la política.

Durante el turbulento siglo XV, período más conocido como The War of the Roses, los jueces se diferenciaron de las Casas de Lancaster y de York, y no se vieron afectados por los cambios en el gobierno.

Desde 1540 en adelante, Henry VIII no poseería jueces en su Privy Council. En 1553, Mary I también retiró a tres jueces del cargo, y Elizabeth I no hizo ningún cambio al asumir el trono, aunque sí lo hizo luego, durante su reinado.

Paulatinamente el sistema de administración de justicia iba cobrando independencia del Poder Ejecutivo. El Rey mantenía una supremacía en materia legislativa pero con los jueces como intérpretes de esa ley se generaba una tensa relación.

Mientras tanto, para los períodos isabelinos y los primeros tiempos estuardos, los jueces de los seis circuitos de Inglaterra se ocupaban principalmente de los crímenes más graves que normalmente no se manejan en las Quarter Sessions locales dirigidas por Justices of the Peace. También tomaron un papel en la administración local, aunque esto se redujo mucho después de la Guerra Civil Inglesa.

A primera vista, el sistema de justicia era cada vez más independiente. En 1642, Charles I se vio obligado a aceptar el nombramiento de jueces “durante un buen comportamiento”, y sus salarios aumentaron de menos de £ 200 a £ 1,000.

Durante la restauración de la monarquía en 1660, todos los jueces permanecieron en el cargo. En 1668 el sistema de

designación “mientras se mantenga un buen comportamiento” fue reintroducido; en los últimos 11 años de su reinado, Charles II despidió a 11 de sus jueces y su sucesor, el rey James II, despidió a 12 en solo tres años. Esto afectaba la independencia judicial toda vez que los jueces entendían los riesgos de sus sentencias.

El día después de que la House of Commons resolviera sobre la abdicación de James, un comité parlamentario formó el Heads of Grievances para ser presentados al nuevo Rey, William III. Este documento contenía previsiones sobre el pago de los salarios de los jueces con fondos públicos y la imposibilidad de su remoción o suspensión a menos que sea por causa legal. Estas previsiones finalmente se consagraron legislativamente en el Act of Settlement (1701) y se han mantenido en su lugar desde entonces.

Las tensiones entre las funciones de los magistrados y la fortaleza de su independencia también tienen correlación con el funcionamiento del procedimiento. El sistema judicial del Common Law constituyó un avance respecto de sus antecesores, pero como toda institución social debía mejorar, en particular en lo relativo a la rigidez de alguna de sus soluciones. Así comenzó a desarrollarse una instancia de justicia para aquellos supuestos que resultaban exorbitantes. Gradualmente, estos casos fueron delegados al King’s Council y, finalmente, a un funcionario, el Lord Chancellor.

Como consecuencia de esta evolución, el Lord Chancellor llegó a ser conocido como la “conciencia del Rey”, y comenzó a presidir su propia corte, la Court of Chancery. Esto solo se refería a disputas civiles, por ejemplo, casos de propiedad y contratos, y eran resueltos por aplicación de la “equidad”. Durante el reinado de Enrique VIII, la Court of Chancery se había convertido en un rival de los tribunales del Common Law.

Pero a medida que pasaron los años, la Court of Chancery comenzó a padecer similares inconvenientes que sus predecesoras. Además el Lord Chancellor poseía amplios márgenes de

discrecionalidad, dado que resolvía en exceso de las estipulaciones legales.

Hasta 1830 se mantuvo en esencia este funcionamiento en el sistema de justicia. Sin embargo, con la sanción de la Law Terms Act de 1830, la the Court of Great Sessions fue abolida y los condados de Gales y Chester fueron incorporados al sistema de circuito general. Poco después, se creó la nueva Central Criminal Court, que unificó la administración de justicia en Londres y sus alrededores.

Los County Courts, que se ocupan de casos civiles, fueron creados bajo County Courts Act de 1846.

En 1856, a los jueces de la Central Criminal Court también se les otorgó el derecho de conocer casos fuera de la jurisdicción ordinaria del tribunal, para garantizar un juicio justo donde existía un perjuicio local o cuando se pudiera ofrecer un juicio rápido para evitar retrasos.

En 1873, el Parlamento aprobó la Judicature Act, que fusionó los sistemas judiciales del Common Law y Equity. Si bien una de las divisiones de la High Court todavía se llamaba Chancery, todos los tribunales ahora pueden resolver bajo ambos sistemas.

La misma ley estableció la High Court y la Court of Appeal y otorgó un derecho de apelación en casos civiles a la Court of Appeal. La posibilidad de recurrir en sede penal se mantuvo restringido hasta el establecimiento de la Court of Criminal Appeal, creada por la Criminal Appeal Act de 1907. La Court of Criminal Appeal estuvo a cargo durante casi 60 años, hasta la sanción de la Criminal Appeal Act 1966 donde su jurisdicción fue absorbida por la Court of Appeal.

Las cortes reales, tal como los conocemos hoy, no se establecieron hasta 1956, y solo en Liverpool y Manchester. Estos tribunales también se hicieron cargo de las sesiones trimestrales de trabajo en sus ciudades.

La Royal Commission on Assizes and Quarter Sessions, 1966-1969, condujo a la supresión de las cortes de Assizes y Quarter Sessions y al establecimiento de una nueva Crown

Court para tratar asuntos de ambos, según los términos de la Courts Act de 1971.

Cientos de años de evolución pueden haber resultado en un sistema de justicia independiente, pero eso no significa que estuvieran completamente separados del gobierno. Hasta 2006, el Lord Chancellor era parte del Ejecutivo, la Legislatura y el Poder Judicial. El rol del Lord Chancellor se alteró sustancialmente el 3 de abril de 2006 como resultado de la Reforma Constitucional de 2005; este último cambio afectó al Poder Judicial y ha sido descrito como el más significativo desde la Carta Magna.

Mediante esta reforma se establece al Lord Chief Justice como el presidente de la of Courts of England and Wales y como cabeza del sistema judicial, función que anteriormente desempeñaba el Lord Chancellor.

Por primera vez se impone un deber estatutario expreso al Lord Chancellor y otros Ministros de la Corona para proteger la independencia del Poder Judicial. Así el Poder Judicial es reconocido oficialmente como una rama totalmente independiente del gobierno.

II.2. El actual sistema de justicia y el mecanismo de selección de magistrados

La Ley para la Reforma Constitucional de 2005 fue un importante paso hacia una mayor independencia judicial en Reino Unido. Se creó la figura del Tribunal Supremo y suprimió de la Cámara de los Lores la capacidad de ejercer de última instancia judicial. Dejó sin efecto el mecanismo por el que la Corona designaba jueces que debían obtener luego la aprobación del Lord Chancellor.

Así se creó una nueva institución, la Comisión de Nombramientos Judiciales (Judicial Appointments Commission, JAC) de naturaleza independiente aunque bajo la adscripción formal al ministerio de Justicia. El JAC fue establecido en abril de 2006 bajo la Ley de Reforma Constitucional de 2005 para hacerse cargo de la selección de jueces que antes se encontraba

en cabeza del Lord Chancellor. Está formada por 15 miembros, de los cuales 12 son elegidos a través de un concurso público, abierto, transparente y basado exclusivamente en los méritos de los candidatos. Los tres restantes son nominados por el Consejo Judicial.

Sucintamente cabe referir que el Poder Judicial bajo estudio cuenta con la UK Supreme Court, compuesta por los Justices of the Supreme Court, como cabeza del sistema judicial. Debajo se encuentra la Court of Appeal, compuesta por Lord Chief Justice, Heads of Division y Court of Appeal Judges, que hace la alzada de las High Court (compuesta por la High Court y la Deputy High Court Judges), de la Crown Court (compuesta por Circuit Judges, Recorders y Juries), de la Employment Appeal Tribunal y del Upper Tribunal. En las primeras instancias aparecen los Magistrates Court (Magistrates District Judges y los Deputy District Judge), las County Courts (Circuit Judges, Recorders, District Judges, Deputy District Judges), las Family Court, los Employment Tribunal's y los First-tier Tribunals.

Entre las funciones de la JAC está la designación de jueces para el Alto Tribunal y otras instancias judiciales y el apoyo para la selección de otros puestos relacionados con la Administración judicial. Están obligados, legalmente, a elegir candidatos en base únicamente a su mérito, seleccionar personas de buen carácter y promover la diversidad en la selección de los distintos puestos.

Bajo tal idiosincrasia no se pondera especialmente el perfil político de los diferentes jueces, que en mayoría provienen de la abogacía o del mundo académico, existiendo un consenso de que no deben ser adscriptos a ningún partido político.

Entre los principales cambios que ha traído el JAC están:

- Una nueva definición simplificada de mérito: el JAC ha publicado las cinco cualidades y habilidades básicas necesarias para ser un buen juez.
- Un sistema más justo para llenar las vacantes en el Tribunal Superior: todos los candidatos deben postularse para vacantes, todos los candidatos preseleccionados participarán en

discusiones cara a cara para explorar sus cualidades y habilidades, y se buscarán referencias de manera justa y abierta.

- Un proceso de solicitud más ágil y objetivo: el JAC ha reducido la longitud del formulario de solicitud anterior, de más de 20 páginas a 9, y ha introducido procesos nuevos e imparciales para todos los titulares de cargos judiciales.
- Mejor comercialización de vacantes: la publicidad de JAC será más prominente y mejor orientada para alentar a más personas a postularse.

Desde que se estableció el JAC, se revisaron todos los aspectos del proceso de selección, en todos los sectores del poder judicial. Como resultado, se han adaptado los criterios de lo que hace a un buen juez, y han realizado simplificaciones del proceso de selección, con la idea de que el nuevo sistema sea transparente, imparcial y escrupulosamente justo.

El JAC tiene como objetivo mantener la reputación del sistema e incluso mejorarla, por lo que entiende que titulares de cargos judiciales deben ser nombrados por mérito, y solo por mérito. Para asegurar ello entiende que corresponde tener la mejor opción posible de candidatos elegibles, es decir, buscar el mérito donde se pueda encontrar. Así el JAC está comprometido a mejorar la diversidad y ampliar el número de solicitantes judiciales.

La intención de la JAC es hacer que el proceso de selección judicial sea transparente, objetivo y simplificado, y atraer candidatos elegibles de todos los orígenes, de todos los ámbitos de la vida.

En la actualidad el procedimiento de designación dentro de la JAC consta de varias etapas. En primer lugar se hace una preselección de candidatos que inicia una vez vencida la fecha límite de solicitud para la convocatoria a uno de estos procesos de selección. El objetivo consiste en identificar a los candidatos que progresarán a la siguiente fase de entrevistas.

Hay 2 métodos principales:

- Un panel de selección, generalmente compuesto por un presidente del panel laico, un miembro judicial y un miembro independiente, examina las autoevaluaciones de los candidatos y las evaluaciones independientes.
- Pruebas de calificación diseñadas para evaluar la capacidad de los candidatos para desempeñar una función judicial y, por lo general, se utilizan para ejercicios de selección más amplios y para aquellos que se encuentran por debajo del nivel de juez de circuito.

En esta etapa también verifica que los candidatos cumplan con los requisitos mínimos de elegibilidad y buen carácter.

La siguiente etapa es una prueba de calificación que se realizan directamente vía web y que se utilizan para preseleccionar candidatos para algunas vacantes judiciales. Están diseñadas para evaluar la capacidad de un candidato para absorber y analizar información rápidamente, identificar problemas y aplicar la ley de manera adecuada. También pueden poner a prueba la independencia mental y la sensatez de los candidatos, así como su capacidad para explicar de forma sucinta y clara el procedimiento y las decisiones alcanzadas.

Cada examen se diseña para adaptarse a las vacantes en particular y está desarrollada por jueces con experiencia de la jurisdicción relevante.

Se le informa de antemano al postulante qué tipo de prueba se realizará, por ejemplo: si comprenderá más de un elemento y cualquier preparación especial requerida. Se le entregarán los materiales necesarios o la información de antecedentes. Las pruebas de opción múltiple se calificarán automáticamente mientras que las pruebas escritas serán calificadas por jueces de la jurisdicción. En general son empleadas para las postulaciones a cargos hasta el nivel de juez de circuito.

Las pruebas on line permiten a los candidatos realizar pruebas en un momento y lugar convenientes para ellos, y mejora la velocidad y la rentabilidad del proceso de selección.

El JAC determina el número de candidatos que deben ser invitados a la siguiente etapa para cada ejercicio.

La siguiente etapa consiste en una entrevista telefónica. El JAC utiliza las evaluaciones telefónicas como una herramienta de preselección, a menudo además de otras herramientas de preselección antes de decidir a quién llevar el día de la selección. También sirven para probar las habilidades lingüísticas del candidato. Si se invita a un postulante a una evaluación telefónica, se le informa con anticipación en qué consiste. Esencialmente puede implicar un análisis de un discurso o juicio. Asimismo el postulante recibe ciertas recomendaciones que lo ayudan a prepararse.

Una vez preseleccionados los candidatos son convocados a lo que se denomina “Selection Day”, que consiste en una convocatoria ante un panel entrevistador, donde se le hacen preguntas a los candidatos sobre los escenarios que puede enfrentar como juez, o un juego de roles, simulando un ambiente de corte o tribunal, o bien la realización de una presentación sobre algún tópico. Al momento de recibir la convocatoria se le explica al candidato qué métodos de selección se utilizarán.

El panel entrevistador suelen estar compuestos por 3 miembros, incluido un presidente, un miembro judicial y un miembro independiente. En la convocatoria se detalla la composición del mismo. Dentro de sus funciones está la de realizar preguntas con el objeto de que el candidato acredite sus habilidades, incluso se le puede requerir que profundice sobre puntos de su examen.

Como lo exige el Reglamento de Nombramiento Judicial de 2013, el JAC realiza consultas externas como parte del proceso de selección. Esto generalmente ocurre después de la fase anterior, pero ello también puede acontecer antes. Esta instancia de consultas la realiza el Presidente de JAC y la Autoridad Apropia (Lord Chancellor, Lord Chief Justice or Senior President of Tribunals).

Además, el JAC consulta a una persona que ha ocupado el cargo concursado, o alguien que tiene otra experiencia relevante. Esta persona se identificará en la información para el ejercicio de selección y se le enviarán informes resumidos para su comentario.

Asimismo se realizan otras verificaciones de antecedentes, dado que el JAC también tiene el deber legal de verificar el buen carácter de los candidatos, incluidos los controles con organismos externos. Por ejemplo, si el candidato es un titular de una oficina judicial asalariada existente, se le solicita a la Office for Judicial Complaints (oficina donde se reciben los reclamos por el ejercicio de la función) que verifique las quejas pendientes contra el postulante.

Finalmente el JAC se constituye como el Comité de Selección y Carácter para tomar la decisión final sobre qué candidatos recomendar. Bajo esta función se examina cualquier posible problema de carácter que pueda afectar la idoneidad de un candidato para el nombramiento. Son considerados los informes escritos por los paneles, las pruebas proporcionadas en evaluaciones independientes y los comentarios de los asesores legales. El Comité decidirá en esta etapa si la Política de Provisión de Igual Mérito (EMP por sus siglas en inglés) debe aplicarse a cualquier candidato y que básicamente consiste en un mecanismo a partir del cual ante igualdad de idoneidad se privilegia la diversidad.

La diversidad de los candidatos es oficialmente monitoreada en las diversas instancias del reclutamiento, desde la carga de la postulación hasta el momento de la selección. Esto genera resultados estadísticos donde se reflejan características que tratan sobre género, etnia, actividad legal actual, incapacidades físicas, edad, orientación sexual y creencias religiosas, creando por ejemplo un indicador denominado BAME (Black, Asian & Minority Ethnic).

Si el Comité ha aplicado el EMP, se le puede presentar una situación en la que no puede elegir entre 2 o más candidatos en

función de sus características protegidas relevantes. Por ejemplo, 2 candidatos evaluados como de mérito igual pueden ser hombres blancos. Si surge esta situación, el EMP no se puede utilizar para hacer una selección. Por lo tanto, el Comité invitará a esos candidatos a una segunda entrevista, para permitirle tomar una decisión de selección. Las fechas para las segundas entrevistas se publicarán en la página de información para el ejercicio de selección correspondiente.

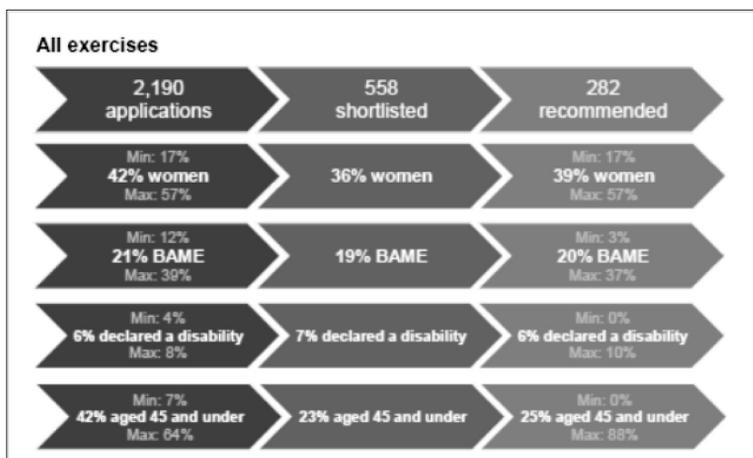
El Comité luego recomendará candidatos a la Autoridad Apropriada (Lord Chancellor, Lord Chief Justice or Senior President of Tribunals) para su nombramiento. Al informar sus selecciones finales a la Autoridad correspondiente, la Comisión debe reflejar los comentarios de los asesores legales y discutir cualquier divergencia de opinión.

Para considerar una recomendación, la Autoridad Apropriada puede solicitar cualquier información que estuviera disponible para el JAC durante la selección. Cualquier información que proporcione en su solicitud o durante el proceso de selección, por lo tanto, podría ser transmitida a la Autoridad Apropriada.

El JAC proporciona comentarios para ayudar a los candidatos a comprender por qué su solicitud no tuvo éxito y para considerar esto en futuras aplicaciones. Los candidatos que no tengan éxito en el día de la selección y a quienes les gustaría recibir comentarios recibirán detalles sobre cómo y cuándo solicitarlos. Asimismo se publican informes genéricos de retroalimentación. Esto brinda a los candidatos una guía sobre lo que caracteriza a las aplicaciones más fuertes en comparación con las aplicaciones más débiles.

Cabe también comentar cuantitativamente cómo se viene desempeñando el JAC.

En el informe donde se receptan las estadísticas oficiales para el período 1 de abril de 2016 al 31 de marzo de 2017 se muestra que:



Así, el proceso comienza con la aplicación de 2190 candidatos y finaliza con más de un 10% de recomendaciones.

Particular énfasis recibe el seguimiento de candidatos por género, la diferenciación entre barrister-solicitors y por edades, realizándose una agrupación entre menores y mayores a los 45 años, dado que se indica que la edad es un fuerte correlato de la experiencia.

Uno de los objetivos del nuevo sistema era fomentar una mayor participación de candidatos en los procesos de selección. Así en el digesto de estadísticas del JAC para el período 1998-99 a 2008-9 se muestra que ha existido un incremento superior al 10% en la inscripción al proceso.

Como habrá podido observar el lector, se trata de un mecanismo muy regulado que tiene por objetivos expresos ampliar el universo de postulantes para luego seleccionar en función de su mérito e idoneidad.

III. El sistema en los Estados Unidos de Norteamérica

III.1. Su evolución histórica

La organización judicial se encuentra establecida en el art. III, secciones 1ª y 2ª de la Constitución de los Estados Unidos.

La primera norma que reglamentó el sistema fue la Judiciary Act de 1789, que contenía 35 secciones donde se establecía toda la organización judicial, se detallaba los tribunales creados, su jurisdicción, competencia y las vías recursivas. Asimismo se establecía el número de jueces de la Corte con un Presidente (Chief justice) y cinco jueces adjuntos (associate justices). El quórum se formaba con cuatro miembros y el tribunal debía sesionar, al menos, en dos oportunidades una con inicio en febrero y la otra en agosto.

El territorio de los Estados Unidos se dividía en 13 Distritos Judiciales y en cada uno de ellos se constituyó un Tribunal de Distrito como una suerte de primera instancia colegiada. Como alzada se instituyó un sistema de circuitos -que originariamente eran tres Norte, Sur y Centro- y cada uno de ellos contendría dos jueces de la Corte Suprema y al juez de Distrito del lugar. Este mecanismo se conoció como Circuit Riding de los jueces de la Corte Suprema, sistema que mantiene vigencia en la actualidad aunque de modo más virtual. Bajo este régimen se facultaba a los tribunales a nombrar funcionarios administrativos (clerks) y oficiales de ejecución de las sentencias y decisiones (marshals).

En 1801 tuvo sanción la Judiciary Act que realizó varias alteraciones al funcionamiento anteriormente descrito pero con una vigencia efímera, toda vez que al año siguiente se sancionó la Judiciary Act de 1802, mediante la cual se volvió a la composición de ministros originaria y restableció el Circuit Riding bajo algunas innovaciones, entre las que cabe señalar que se restablecida la cantidad de 6 ministros de la Corte, asignando a cada uno de ellos a los seis circuitos existentes, que pasaron a integrarse con un juez de la Corte y un juez de distrito solamente. Este mecanismo comportaba el inconveniente en los casos de empate en la votación ya que no había un tercer juez que lo dirimiera; para ello se creó el denominado sistema de la “certificación”, previsto en la sección 6 de la ley, a través del cual el caso era llevado directamente ante a la Corte Suprema para su resolución. Este sistema también persiste en la actualidad, con importantes alteraciones previstas en 28 USC Code § 1254.

El incremento de las necesidades, población, actividades y la expansión del país hacia el oeste, comportó un impacto en la organización del sistema de justicia; en concreto implicó el aumento de la cantidad de Circuitos.

Así en 1807 se creó el Séptimo Circuito (Estados de Tennessee, Kentucky y Ohio); y en 1837 fueron creados el Octavo y el Noveno Circuito, lo que implicó la necesidad de reorganizar los entonces veintiséis Estados dentro de los circuitos. En 1863 fue creado el Décimo Circuito que resultó suprimido en 1866, con la consecuente redistribución de competencias estatales. En 1929 se dividió el Octavo Circuito y una de su parte conformó el Décimo Circuito. El Décimo Primer Circuito fue creado en 1980.

A estos Tribunales de Circuito corresponde considerar dos más que completan los trece circuitos actualmente existentes: la United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (D.C. Circuit), creada en 1893 y la United States Court of Appeals for the Federal Circuit (Federal Circuit), creada en 1982 por la Federal Courts Improvement Act. Mediante esta norma el Federal Circuit se formó con la unión de la United States Court of Customs and Patent Appeals y la “Appellate Division” de la Court of Claims.

Cabe mencionar especialmente hacia fines del siglo XIX el sistema del Circuit Riding de los jueces de la Corte Suprema, establecido en la Judiciary Act de 1789, creaba cada vez más inconvenientes, derivados tanto del crecimiento del país como de los cambios normativos operados a nivel Constitucional (Enmiendas XIII, XIV y XV). Para atender estas nuevas necesidades se crearon Cámaras de Apelaciones Permanentes (Courts of Appeals), con jueces exclusivos, cuya misión era disminuir las exigencias de la Corte Federal.

Estas instancias de alzada fueron creadas mediante la sanción de la Circuit Courts of Appeal Act de 1891, que creó 9 de ellas, una en cada circuito, denominándose originariamente “United States Circuit Courts of Appeals” y componiéndose por dos jueces de circuito y un juez de distrito, con competencia de

alzada sobre las decisiones de los Tribunales de Distrito. Para descomprimir aún más las tareas del máximo Tribunal Federal se introdujo por primera vez el writ of certiorari, dándole a la Corte la posibilidad de rechazar discrecionalmente los recursos en casos de distinta nacionalidad o ciudadanía (diversity cases), de jurisdicción marítima y en los de ampliación de ciertas leyes, tales como las de patentes.

Este nuevo sistema mantuvo a las Cortes de Circuito como tribunales de primera instancia, siendo finalmente suprimidas mediante la sanción del Judicial Code de 1911, a través de la cual se transfiriera jurisdicción de aquellas a los tribunales de distrito. A partir de entonces, solamente quedaron como tribunales de segunda instancia del sistema federal, las cortes de apelaciones creadas en 1891.

Con el devenir de estas reformas, se hizo necesario dictar lo que sería una especie de texto ordenado y con tal motivo se sancionó Judicial Code de 1911, ordenándose por completo el fuero federal. Principalmente se desintegraron las Circuit Courts, cuya jurisdicción fue asignada a las District Courts. De este modo quedaron conformadas tres claras instancia, es decir una primera instancia a cargo de las District Courts, la alzada en cabeza de las Courts of Appeals y en la parte superior de la pirámide judicial la Corte Suprema.

Posteriormente se sancionó la Judiciary Act de 1925, mediante la cual se amplió el writ of certiorari, institución que terminó por convertirse en la principal vía de resolución de casos por parte del máximo Tribunal Federal. La normativa ideada por el emblemático Chief Justice Taft, implicaba un cambio de paradigma sobre la función de dicha Corte, que a la postre reducía cuantitativamente la intervención del máximo Tribunal, y empoderaba a las Courts of Appeals y a los superiores tribunales de los Estados.

Nuevamente fruto de la proliferación normativa, surgió el Título 28 del USC, conocido como el Judicial Code de 1948 que si bien incorpora ciertas novedades, lo cierto es que en esencia se trata de un nuevo texto ordenado.

En 1988 se eliminó casi toda la jurisdicción obligatoria remanente de la Corte. Desde entonces su jurisdicción es totalmente discrecional, salvo en lo relativo a las apelaciones provenientes de las cortes de distrito de tres jueces que algunas leyes mantienen para resolver casos complejos.

En síntesis, esta ley dispuso que podían ser rechazados por vía del certiorari los casos que la Judiciary Act de 1925 había mantenido dentro de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

III.2. El actual sistema de justicia y el mecanismo de selección de magistrados

Cabe referirse sucintamente al funcionamiento interno de los tribunales de modo previo a comentar el mecanismo de selección de los magistrados.

En los Estados Unidos existe un régimen procesal que instituye el juicio por jurados, y como vimos las primeras instancias funcionan como tribunales colegiados con una jurisdicción territorial asignada legislativamente. A su vez están compuestos por varios jueces que actúan individualmente. Por otro lado, los Estados locales originalmente no estaban sometidos a las cortes federales, naciendo esto a partir de precedentes judiciales (“Chisholm” 2 U.S 419 (1793)).

Paralelamente tiene plena vigencia el conocido *stare decisis* mediante el cual los tribunales inferiores se encuentran obligados a adoptar las soluciones de los tribunales superiores como así también las propias.

Asimismo existe una suerte de dos estructuras de justicia federal que conviven. En efecto, la reseña efectuada precedentemente corresponde a la justicia prevista en el art. III de la Constitución norteamericana, la que resulta independiente a la correspondiente a los denominados “tribunales legislativos” previstos en el art. I. Esta segmentación tiene consecuencias en el régimen aplicable a los magistrados, dado que en el primer supuesto resultan designados mientras dura su buena conducta –vitalicios- y poseen la garantía de intangibilidad de sus

remuneraciones; y los segundos son designados por un determinado tiempo y no poseen dicha garantía. Además, la creación legislativa de esas magistraturas en general se asocia con una cierta especialidad y pueden ser orgánicamente ubicados dentro del Poder Judicial o dentro de la Administración.

Las District Courts, reguladas en 28 USC §§ 81-144, poseen una distribución territorial, de carácter estadual. En cada sección se determina la cantidad de distritos judiciales que tiene cada Estado y los condados que cada uno de ellos comprende junto con la cantidad de jueces que tiene cada uno de ellos.

Además se dispone que en cada distrito judicial habrá una United States District Court for the District, órgano que se integra con los jueces que estén en servicio activo y con los que eventualmente se asignen al tribunal, quienes deberán actuar individualmente y que deberán celebrar sesiones coetáneamente, conservando sus cargos mientras actúen con buena conducta y debiendo residir en el distrito en el cual se desempeñan, salvo alguna excepción marginal.

Cada Distrito tiene un Chief Judge, el cual debe reunir similares requisitos a los de las Courts of Appeals para ser designado, tiene precedencia sobre sus pares y preside todas las sesiones en las cuales está presente.

Asimismo, existen tres órganos auxiliares de justicia, la Judicial Conference, el Federal Judicial Center y la Administrative Office.

Por su parte, la Constitución norteamericana establece amplios parámetros para el proceso de nominación judicial. Asigna la responsabilidad de nombrar a los jueces federales al Presidente. Sin embargo requiere que las nominaciones sean confirmadas por el Senado.

Según describimos, en la actualidad 663 jueces federales completan las cortes de distrito, 179 jueces trabajan en las cortes de apelaciones, y 9 jueces conforman la Corte Suprema.

En cuando al procedimiento de selección de magistrados federales, cabe indicar que no existe un mecanismo reglado

para que el Presidente el elija entre los candidatos. Funciona un proceso informal de recomendaciones, las que a menudo provienen del Departamento de Justicia, la Oficina Federal de Investigaciones, los miembros del Congreso, los jueces y la Asociación Americana de Abogados.

Una tradición especial y muy poderosa para recomendar a los jueces de distrito es la denominada cortesía senatorial. De acuerdo con esta práctica, los senadores del estado en el que se produce la vacante realmente toman la decisión. Un senador del mismo partido político que el presidente envía una nominación al presidente, que casi siempre sigue la recomendación.

De este modo, resulta pacíficamente aceptado que la política interviene directamente en la selección y designación de los jueces federales, considerando especialmente un tamiz político partidario, la intervención del Senado tanto en la propuesta como en el acuerdo, la raza, el género y la edad, la ideología y la experiencia judicial y su formación académica.

El procedimiento concreto consiste en la presentación del candidato ante el Senate Judiciary Committee, la entrevista del candidato por parte de dicho comité, la elevación al pleno del Senado donde se debate y para su acuerdo sólo se requiere un voto mayoritario.

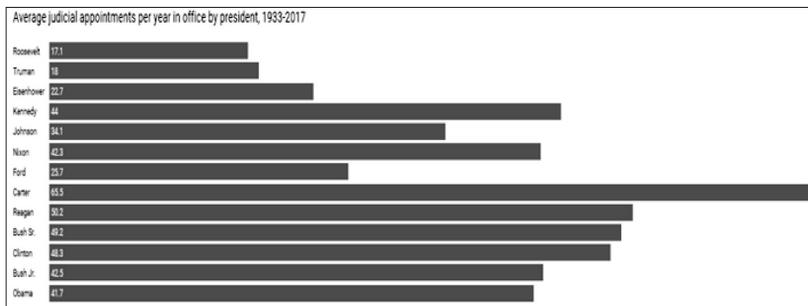
Veamos cómo se comportó el sistema en números. A continuación podremos encontrar la información de cantidad de magistrados designados por cada presidente desde 1933 hasta 2017, discriminada por fueros.

President	Judgeship Appointments by President						TOTAL ⁽⁶⁾	
	Supreme Court	Regional Court of Appeals	USCAFC ⁽¹⁾	USCFC ⁽²⁾	District Courts	Territorial Courts ⁽³⁾		Court of International Trade ⁽⁴⁾
Roosevelt (1933-45)	9	52	-	-	136	3	7	207
Truman (1945-52)	4	27	-	-	102	3	4	140
Eisenhower (1953-60)	5	45	-	-	127	2	3	182
Kennedy (1961-63)	2	20	-	-	102	1	0	125

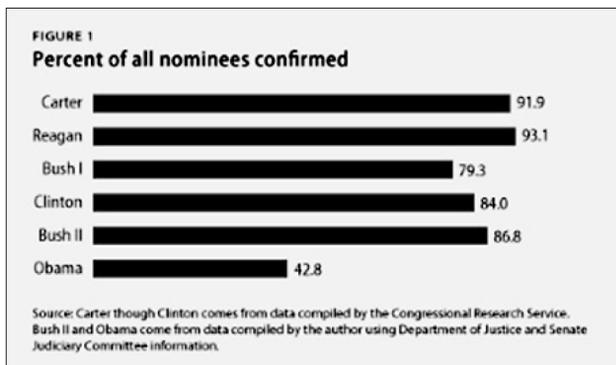
Judgeship Appointments by President								
President	Supreme Court	Regional Court of Appeals	USCAFC ⁽¹⁾	USCFC ⁽²⁾	District Courts	Territorial Courts ⁽³⁾	Court of International Trade ⁽⁴⁾	TOTAL ⁽⁴⁾
Johnson (1963-68)	2	41	-	-	125	0	8	176
Nixon (1969-74)	4	45	-	-	182	3	1	235
Ford (1974-76)	1	12	-	-	50	0	0	63
Carter (1977-80)	0	56	-	-	203	3	0	262
Reagan (1981-88)	3	78	5	18	290	2	6	402
Bush (1989-92)	2	37	5	2	148	2	1	197
Clinton (1993-00)	2	62	4	7	305	2	5	387
Bush (2001-08)	2	61	2	9	261	3	2	340
Obama (2009-16)	2	49	6	3	268	2	4	334
Trump* (2017-)	2	30	0	0	53	0	0	85

**Appointments made by the current President are as of December 31, 2018.*

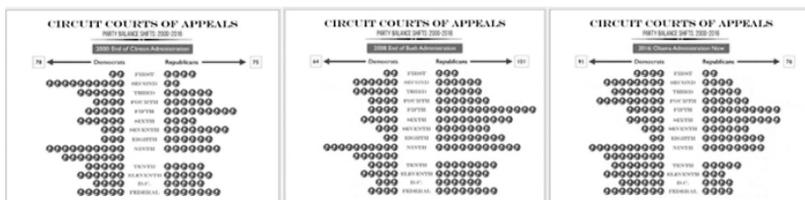
Asimismo, podemos calcular el promedio anual de magistrados designados por cada presidente.



Además, como dato complementario, resulta habitual considerar cuántas nominaciones fueron confirmadas en el Senado. A partir de tal constatación, se suelen calcular tasa de efectividad. En el gráfico que sigue se muestran algunos ejemplos:



La literatura norteamericana hace especial hincapié en la afiliación política de los magistrados designados por cada presidente. En el gráfico siguiente se muestra la composición de las Circuit Courts of Appeals por afinidad partidaria, para los finales de las gestiones de los Presidentes Clinton, Bush y Obama.



Como podrá observar el lector, esta correlación partidaria resulta impensada entre nosotros. Sin embargo, dentro de la doctrina calificada, se entiende que al tratarse de jueces constitucionales, magistrados dentro de un control de constitucionalidad difuso, en atención a la ausencia de intervención directa del pueblo en su designación, corresponde un procedimiento de fuerte intervención política para contrarrestar esa alegada carencia democrática (el alegado problema contramayoritario del Poder Judicial).

IV. El sistema de justicia en España

IV.1. El actual sistema de justicia

La organización judicial en España es bastante compleja. El Estado organiza territorialmente a efectos judiciales en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas.

Sobre ellos ejercen sus funciones los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores, las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia. Por su parte, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo ejercen sus competencias en todo el territorio español.

El municipio, la provincia, y la Comunidad Autónoma coinciden territorialmente con las unidades administrativas del mismo nombre, mientras que los partidos judiciales pueden estar formados por más de un municipio dentro de la misma provincia, siempre que éstos sean limítrofes.

A continuación se detallan los tipos de Juzgados y Tribunales que integran el sistema judicial español así como las competencias de cada uno de ellos.

En la cabeza del sistema se encuentra el Tribunal Supremo que cuenta con una Sala Primera Civil, una Sala Segunda Penal, una Sala Tercera Contencioso Administrativo, una Sala Cuarta de lo Social y una Sala Quinta de lo Militar.

Por debajo se ubica la Audiencia Nacional, que posee salas especializadas para materias Penal, Social y Contencioso Administrativo.

Seguidamente en la pirámide jerárquica se encuentra el Tribunal Superior de Justicia, que también posee salas por materias, registrando una Sala Civil y Penal, una Sala Contencioso Administrativa y finalmente una Sala Social. Lo propio acontece con la Audiencia Provincial, que posee una Sección Civil y Penal.

Un escalón más abajo en la estructura jerárquica se encuentran los Juzgados. Así encontramos a los Juzgado Central de Instrucción, Juzgado Central de lo Penal, Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, Juzgado Central de Menores.

También existe una Primera Instancia, por competencia material en Instrucción, Menores, Vigilancia Penitenciaria y De lo contencioso administrativo. En el piso de la estructura se ubican los Juzgados de Paz.

Por su parte, el máximo órgano de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) puede acordar, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos. Por ello, en las grandes ciudades se han creado Juzgados especializados en asuntos de familia, incapacitación y tutela, hipotecarios, entre otros.

La organización de la jurisdicción militar debe ser tratada de forma independiente. También se estructura de forma jerarquizada, siendo el órgano superior, la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. Por debajo de esta Sala se situarían el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y los Juzgados Togados Militares, ejerciendo estos últimos las funciones instructoras.

Paralelamente se encuentra el Tribunal Constitucional que es el órgano judicial encargado de velar por el respeto de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución. Está compuesto por 12 Magistrados nombrados por el Rey a propuesta de las Cámaras que integran las Cortes Generales (4 por el Congreso y 4 por el Senado), del Gobierno (2) y del Consejo General del Poder Judicial (2).

La designación se realiza para un período de 9 años, de entre ciudadanos españoles que ostenten los cargos de Magistrados o Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos o Abogados, debiendo ser todos ellos juristas de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio profesional.

El Tribunal Constitucional se organiza de la siguiente forma: En el Pleno, compuesto por los 12 Magistrados. En dos Salas, integradas cada una de ellas por 6 Magistrados. En Secciones, compuestas por 3 Magistrados encargadas de la tramitación ordinaria de los asuntos y la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que se plantean.

Así, el cumplimiento de las libertades y derechos fundamentales de todas las personas se garantiza, en primer lugar, mediante el ejercicio de las diversas acciones ante los Jueces y Tribunales ordinarios y, en segundo lugar y de forma subsidiaria, a través del llamado «recurso de amparo» que se tramita ante el Tribunal Constitucional. Esto supone que, con carácter previo a la solicitud de amparo constitucional, es necesario haber agotado previamente el sistema de recursos previsto por la legislación. El recurso puede interponerlo cualquier persona, natural o jurídica, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, que también interviene en todos aquellos procedimientos que puedan afectar al interés público y es obligatoria la intervención de abogado y procurador.

IV.2. El mecanismo de selección de magistrados

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) tiene como función los nombramientos judiciales, se encarga de designar a dos de los 12 magistrados del Tribunal Constitucional. La Constitución establece que 8 los 20 vocales los nombra el Congreso y el Senado entre juristas de reconocida competencia. Y los otros 12 se elegirán “entre jueces y magistrados de todas las categorías”. Se trata de una especie de consejo de la judicatura creado en la década de los 40 en Europa y que tiene como función gobernar y gestionar el Poder Judicial, en temas como nombramientos, régimen disciplinario, inspección, etc.

Durante el debate de la creación del CPGJ existieron posiciones encontradas. Algunos negaban que la elección parlamentaria de los vocales vulnerara la independencia judicial sosteniendo que el Poder Judicial es un poder no concentrado,

sino diseminado, sin otro juez superior a él que su conciencia, por lo que un órgano de esta naturaleza podría generar presiones que afecten al comportamiento ideal del sistema.

El movimiento reformista español se sintetizó en el denominado proyecto Libro Blanco de la Justicia, que en esencia constituyó un plan, una propuesta integral de reforma del sistema de la justicia en España. El proyecto fue elaborado por el CGPJ.

El Consejo del Poder Judicial español actual, después de su elección por el parlamento en 1996, se encontró con una situación preocupante reflejada en un creciente desprestigio de la justicia frente a la opinión pública.

En efecto, una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, publicada en 1996, arrojó cifras tan preocupantes como las siguientes: en una escala de 1 a 10, los encuestados (una amplia muestra en toda España), calificaban con un 3,9 a la justicia española. Asimismo, de una serie de instituciones sometidas al examen de la opinión pública, la administración de justicia quedaba en el último nivel, por debajo de la prensa, los partidos políticos, la administración local, etc. El 88% de los encuestados consideraba que la justicia no se aplicaba en forma igual para todos y que existía parcialidad por parte de los órganos jurisdiccionales. Un 51%, es decir más de la mitad, expresaba que tenían poca o ninguna confianza en los jueces; un 83% estimaba que la lentitud de los procedimientos judiciales desanimaba a recurrir a los órganos de justicia para la resolución de litigios y para la resolución de conflictos.

Partiendo de este punto, el Consejo decidió crear una comisión que se encargara de llevar a cabo un diagnóstico sobre lo que estaba funcionando mal en el mundo de la justicia y que propusiera a todos los poderes una solución a estos problemas y, finalmente, planteara un programa para la propia actividad del Consejo durante el período de su mandato de 5 años. En septiembre de 1996 constituyó esta comisión para efectuar un examen integral sobre la justicia en España.

Para ello lo primero consistió en diseñar qué debía medirse respecto del funcionamiento de la justicia. Así se consideró a la justicia como un servicio público, es decir como una prestación que el Estado da a los ciudadanos respondiendo a una demanda, motivo por el cual se ponía en crisis la concepción tradicional respecto del apego legalista de los magistrados que está por encima de la resolución del conflicto en sí mismo considerado.

Luego se consideró un dato clave, que era que si bien había aumentado el número de demandas iniciadas no se había mantenido el ritmo en las respuestas. Por el contrario, se habían producido dilaciones en la justicia.

Por ejemplo, en los estudios preliminares en el área civil, en la primera instancia, la dilación mínima inicial con que debía contar un caso, era de 11 meses; en la segunda instancia era de 10 meses, y en el Tribunal Supremo, la dilación mínima inicial era de 31 meses. Es decir, que un caso que se iniciara en primera instancia, que luego se viera en apelación y que pasara a la casación, por lo menos debía contar con una dilación mínima inicial de 4 años, es decir de 52 meses y esto sólo como dilación inicial, siendo muy optimista.

Dichos estudios preliminares arrojaron resultados más llamativos es la dilación inicial en la jurisdicción contencioso-administrativa, en donde las demandas iniciadas se habían multiplicado por 7. Había unas 23.000 demandas en el año 1983 y 141.000 en el año 1996. Como consecuencia, en este supuesto, las dilaciones iniciales eran también enormes. En la primera instancia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la dilación mínima inicial era de 48 meses; en la Audiencia Nacional de 21 meses, y en la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 meses. Estas cifras, obtenidas por una simple operación matemática, mostraban la dimensión de los problemas para contestar a esta demanda social de justicia.

El sistema de selección de magistrados en España es un sistema de selección por capacidad mediante exámenes competitivos. El Consejo General del Poder Judicial publica en la

Gaceta Oficial del Estado, un programa, que suele ser de unos 450 temas o lecciones, señalando los elementos que un juez, en principio, debe conocer.

Son 450 temas que engloban el derecho procesal, civil, penal, administrativo, etc. Se entiende que el que quiere ser juez tiene que preparar estos temas, para lo cual suelen emplear de 2 a 5 años estudiando. El temario suele ser permanente y vale aproximadamente para 5 a 8 años. No cambia mucho, excepto si se quiere hacer énfasis en algunos aspectos del derecho.

El Consejo convoca a un número de plazas vacantes y anuncia exámenes para estas plazas. A estos exámenes suelen presentarse unos 5.000 candidatos. Una vez nombrados los tribunales, compuestos por expertos del derecho, los candidatos se presentan a un primer ejercicio de selección que consiste en exponer cinco de los cuatrocientos cincuenta temas y para ello cuentan con un lapso de una hora y cuarto. Estos son exámenes públicos e imparciales.

Una vez seleccionados los postulantes van a la escuela judicial, donde tienen que cursar un año de estudios teóricos y, posteriormente, un año de práctica jurídica; mientras tanto son funcionarios en prácticas, y se les paga un porcentaje de sueldo.

Este sistema garantiza de alguna forma el conocimiento y la capacidad técnica de los seleccionados, pero no garantiza la experiencia jurídica concreta ya que son personas que no han tenido ninguna relación práctica con el mundo del derecho.

Así, el acceso a la Carrera Judicial en España está regulado en los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y se basa en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional. El proceso de selección garantiza, con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a todos los ciudadanos y ciudadanas que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional para el ejercicio de la función jurisdiccional.

El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez o Jueza se produce mediante la superación de una oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial. La convocatoria de la oposición, que debe tener lugar al menos cada dos años, viene en la práctica realizándose de forma anual desde el año 1998. Desde 2001, se realiza conjuntamente con la de ingreso en la Carrera Fiscal, de modo que las personas que aprueban la fase del proceso selectivo optan, según la puntuación obtenida y las plazas convocadas, por realizar el curso-teórico práctico en la Escuela Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

El ingreso por la categoría de Magistrado o Magistrada se produce mediante la superación de un concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional, y de un curso de formación en la Escuela Judicial. Por esta vía de acceso se provee una de cada cuatro plazas vacantes en la categoría. De las plazas convocadas, a su vez, una tercera parte está reservada a miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia de primera o segunda categoría. Las pruebas se han venido convocando con una cadencia aproximadamente bianual.

La promoción a la categoría de Magistrado/a especialista se produce mediante la superación de un proceso selectivo que se regirá por los principios de igualdad, mérito y capacidad, que tiene como objeto apreciar el grado de capacitación profesional necesario para el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Por ello, en el Libro Blanco se propuso que la escuela judicial se centre en la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos; y junto a esto que se potencie otra vía de acceso al poder judicial, prevista en la ley y que consiste en que la provisión de una de cada tres o cuatro plazas, no se lleve a cabo mediante este sistema tan rígido de selección, sino entre personas que hayan tenido ya experiencia en las diversas profesiones jurídicas: abogados, funcionarios, profesores, etc., y que su selección se haga con un concurso de méritos.

De forma tal que manteniendo un sistema de selección basado fundamentalmente en la calidad y el conocimiento técnico, se potencie también en la fase de formación, y parcialmente en la fase de selección, alguna consideración sobre los conocimientos prácticos.

También se analizó la relación cuantitativa de la dotación de magistrados. Para ello se realizaron cálculos con la elaboración de unos módulos de productividad basado en cuántos casos puede resolver razonablemente un juez en un año. En España contaba con 3.500 jueces, (excluyendo los jueces de paz) para 40 millones de habitantes, lo cual supone unos ocho jueces por cada 100.000 habitantes. Este número era bastante inferior al alemán o francés. En forma inicial, y en un cálculo comparativo con otros países, el Libro Blanco estimaba que son necesarios 800 o 1.000 jueces más para tener una proporción similar a la de otros países europeos.

También se centraron esfuerzos en analizar la dificultad que implica producir 800 jueces. En España el proceso de selección de jueces tarda normalmente un año, además, la escuela judicial en estudios teóricos dura otro año y, teóricamente, la práctica como jueces adjuntos o como jueces sustitutos dura un año más. Es decir; si decidiéramos convocar 500 plazas, tardaríamos por lo menos 3 años en tener los 500 jueces en sus puestos respectivos. Y, naturalmente, nuestra capacidad de formación inicial, no es de 500 jueces al año; quizás sea de 250 o 300 jueces.

La Comisión tuvo que ocuparse además de la reforma de los procedimientos. En España, en especial en el ámbito civil, existían procedimientos heredados del siglo XVIII, incluso anteriores. Se trata de procedimientos escritos en los que se da escasamente oportunidad a la intermediación, al contacto directo de juez con las partes.

En la inteligencia de que existen rigideces que se derivan de errores, de tradiciones que se mantienen por inercia, debido a un enfoque erróneo sobre dónde deben estar las prioridades del legislador, el Libro Blanco se centró en dos aspectos: primero,

la oralidad y la intermediación en el procedimiento, sobre todo en el procedimiento civil. Se propuso una reforma a la ley de enjuiciamiento civil que elimine en lo posible los aspectos escritos y acentúe la comparecencia directa de las partes ante el juez. Segundo, los problemas de ejecución de las sentencias. Si es difícil conseguir una declaración de un juez, ejecutarla es un auténtico trauma. De este modo se insistió en la agilización de los procedimientos de ejecución.

V. Los sistemas en América Latina y su evolución

V.1. El sistema judicial latinoamericano en sus orígenes

Los orígenes de la actual estructura institucional del sistema de administración de justicia latinoamericano pueden remontarse hasta el siglo XVII.

España e Inglaterra enfrentaban serias crisis fiscales derivadas del aumento de los costos bélicos. Ambos países emprendieron estrategias políticas e institucionales distintas para enfrentar una crisis que podría generar repercusiones en su prestigio militar y comprometer su posición de seguridad en el mundo.

No parece propicio desarrollar tales aspectos en el presente trabajo. Lo cierto es que influyeron en cómo se realizaban las instituciones dentro de cada una de esas potencias mundiales. Asimismo, las tradiciones jurídicas también jugaron su papel. El sistema del common law y su resurgimiento, y por otro lado, el sistema continental, a priori poseían un diverso posicionamiento de los magistrados dentro del proceso judicial.

Como relatamos en el caso inglés, los avatares y evoluciones del poder judicial se encontraron vinculados a las pretensiones monárquicas. En contraste con los orígenes populares y la aceptación de la ley consuetudinaria, la legislación española estaba compuesta de códigos de procedimiento y derecho sustantivo muy elaborados, derivados del derecho Canónico y del Romano. Este cuerpo de leyes reemplazó todas las formas de decisión

judicial, como aquellas basadas en la costumbre y las construidas por los jueces, hasta entonces prevalecientes en la región.

Asimismo, las metrópolis promovieron diferentes patrones institucionales para relacionarse con sus colonias. Las colonias inglesas se formaron en el siglo en que la confrontación entre la Corona y el Parlamento llegaba a su punto crítico. La diversidad política y religiosa de la metrópolis fue replicada en las colonias.

El modelo de colonización española consistió en la imposición de su ortodoxia religiosa y su centralismo burocrático sobre los nuevos territorios; por su parte el modelo anglosajón sometió sus colonias a las políticas imperiales generales.

Las guerras de independencia en las colonias españolas estaban influenciadas por el trasfondo ideológico de las revoluciones Francesa y de los Estados Unidos. El consecuente levantamiento social y la inestabilidad política llevaron a los criollos de las Indias a tomar el control de la burocracia creada por el Imperio, sin haber acordado una agenda para el cambio social y político. Los textos constitucionales de los recién independizados Estados de América Latina, que seguían en gran medida la Constitución española de 1812, posterior al fallecimiento de José Bonaparte, proclamaban regímenes liberales moderados donde la rama ejecutiva ejercía por lo general un rol determinante sobre la judicial y la legislativa, y el catolicismo se estableció como religión oficial.

En América Latina las fuerzas generadoras del cambio no produjeron el tipo de transformación institucional, toda vez que se mantuvieron, luego de su independencia, las estructuras institucionales autoritarias, similares a las que prevalecieron en la post independencia.

Luego de la Independencia no se introdujeron cambios significativos a los sistemas legales y judiciales impuestos por la Corona, toda vez que básicamente se dio fin a la dependencia jerárquica de las cortes coloniales respecto de la metrópoli.

En muchos países, el cambio fundamental consistió otorgarle a la corte de más trayectoria en la región una total jurisdicción sobre el nuevo sistema judicial de la república. Por lo

demás las judicaturas de la región mantuvieron por completo los principios, instituciones y procedimientos desarrollados a lo largo del régimen colonial.

Tal y como había sido usual durante el periodo colonial, el sistema judicial formal no dejó espacio para las formas locales de resolución de controversias o para las normas y tradiciones consuetudinarias de las comunidades indígenas o criollas. Como en el caso de la metrópoli, los sistemas procedimentales eran supremamente formales, muy dependientes de las presentaciones escritas, las etapas de los procedimientos, las reglas de presentación de la evidencia y de fallo eran muy estrictas y se basaban en previsiones legales obligatorias, ajenas a su relevancia y consecuencias sobre las condiciones sociales, económicas y políticas prevalecientes en las colonias.

Desde el punto de vista organizacional, la judicatura constituía una burocracia altamente centralizada sin lazos ni responsabilidad frente a fuerzas sociales o políticas externas al sistema judicial. El sistema judicial de la colonia estaba compuesto exclusivamente por burócratas de carrera, sujetos a un fuerte control jerárquico interno.

Según concluyen cierta doctrina calificada, la imposición de sistemas judiciales y legales altamente eruditos y formales en sociedades con desarrollos institucionales y organizaciones muy rudimentarios generó una burocracia judicial a la manera de un enclave ajeno a los cambios históricos y a la evolución institucional de esas sociedades en las esferas política, económica y social.

V.2. Los proyectos de reformas del sistema judicial aprobados por el Banco Interamericano de Desarrollo

El examen de los proyectos aprobados por el Banco Interamericano de Desarrollo hasta la fecha permite identificar seis áreas básicas en las cuales ha concentrado su asistencia. Estas categorías, en alguna medida se yuxtaponen pues, por ejemplo, el fortalecimiento institucional está incluido en las actividades -recientes- de la reforma de la justicia penal.

a) Fortalecimiento institucional: Esta categoría comprende de la asistencia en esferas como la creación de capacidad para la planificación estratégica, incluido el establecimiento de mecanismos para reunir y crear bases de datos; la modernización de estructuras, procedimientos y procesos administrativos como la creación de sistemas modernos de planificación física, financiera y de personal; la instalación de sistemas de informática; la capacitación; y el apoyo de infraestructura.

b) Acceso a la justicia: Este campo de acción incluye actividades encaminadas a asegurar que todos los ciudadanos puedan obtener la solución de sus litigios ante una instancia facultada para adoptar decisiones jurídicamente vinculantes, a un precio costeable y en un lugar y mediante un proceso que se encuentre a su alcance. Se refiere también a la necesidad de que los ciudadanos puedan valerse de asistencia jurídica en las causas penales o civiles.

c) Reforma de la justicia penal: Las actividades comprenden el fortalecimiento de las Fiscalías y Procuradurías del Ministerio Público, la formulación de políticas de prevención del delito y la informatización de las estadísticas criminales y los sistemas de registro e información penitenciaria.

d) Reforma legislativa: Comprende actividades destinadas a mejorar el proceso de preparación, presentación, sanción y aplicación de las leyes.

e) Formación de consensos: Esta categoría abarca actividades encaminadas a crear los consensos necesarios entre los funcionarios del sector de la justicia, los legisladores y la opinión pública respecto de la importancia de la reforma del sector, con el propósito de definir prioridades de acción.

Bajo este prisma se han encaminado los procesos de reformas en Latinoamérica, intentando abarcar los diversos ejes de acción.

Por su parte, el Banco Mundial ha estructurado un modo de cuantificar las variables en cuestión. El desempeño de los tribunales se divide en dos categorías principales: eficiencia y eficacia.

La eficiencia es definida como “entradas” por “salidas”, y el indicador utilizado para medirla es el costo por caso.

La efectividad se divide en tres áreas principales de desempeño: calidad, acceso y cumplimiento. Los indicadores que miden la calidad son: satisfacción del cliente, servicios alternativos de resolución de disputas y tasas de apelación. El indicador que mide la ejecución es generalmente la ejecución de órdenes de registro. El acceso en sí se divide en tres áreas principales: Asequibilidad, puntualidad y demora, y geográfica. La asequibilidad se mide por los honorarios promedio de los tribunales por presentación (caso archivado). Las tasas de finalización de casos y las tasas de aplazamiento miden la puntualidad y el retraso.

Así pudimos someramente mencionar el paradigma propuesto por el Banco Mundial, y la experiencia de países vecinos. Pero cabe interrogarse sobre si el funcionamiento del sistema de administración de justicia de un país posee aspectos contrastables y, a su vez, si ese funcionamiento tiene impactos en las decisiones económicas de los operadores.

De este modo, una primera aproximación podría ser consultar los grados de litigiosidad y las respuestas del sistema. En el siguiente gráfico se muestra la cantidad de nuevos ingresos de juicios al sistema judicial, la cantidad de casos resueltos y la cantidad de magistrados cada cien mil habitantes, estratificado por países.

País	Ingreso de Casos x año	Casos Resueltos por Año	Jueces cada 100,000 hab	Productividad x Juez
EEUU	1300	1233	1,2	1028
Chile	5161	4809	0,65	7398
Alemania	175	168	4,46	38
Hungría	226	178	1,99	89
Francia	277	305	8,45	36
Ucrania	558	331	0,58	571
Panamá	777	693	2,68	259
Singapur	1282	1203	0,64	1880
Perú	1352	1408	1,02	1380
Brasil	1728	1555	2,86	544
Colombia	1988	1512	0,59	2563
Ecuador	2385	986	0,97	1016

El cuadro anterior permite visualizar la dispersión existente entre los países para cada una de las columnas de datos, siendo también notable la diferencia en productividad. Naturalmente estos valores no contemplan la diversidad de jurisdicción ni la complejidad de los casos, de modo tal que son meramente datos de aproximación. Empero, ello resulta un primer enclave sobre que ante la homogeneidad de datos no clasificados, incluso asombra la dispersión.

Además debe considerarse que las funciones de los magistrados no son idénticas dentro de cada sistema. Así se ha relevado que en Argentina el 70% del tiempo de un juez se gasta en tareas no adjudicativas, y en Brasil y Perú los números son 65% y 69% porcentaje, respectivamente. Eso se compara con el 0% en Alemania y Singapur.

V.3. El sistema de justicia en Chile. Los mecanismos de selección de magistrados

Sucintamente cabe indicar que el sistema de justicia en Chile está formado por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los Juzgados de primera instancia, divididos por materia: Juzgados de Familia, Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, Juzgados de Letras del Trabajo, Juzgados Civiles y Juzgados de Letras de Competencia Común.

Asimismo cuenta con Cortes Marciales y Tribunales Militares: Cortes marciales (Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros y Corte Marcial de la Armada). Tribunales militares en tiempos de paz (Juzgado militar, Juzgado Naval y Juzgado de Aviación).

Por su parte, integran el Poder Judicial, los siguientes tribunales especiales: Tribunales tributarios aduaneros; Tribunal de contratación pública; Tribunal de propiedad industrial; Tribunal de la libre competencia y Tribunales ambientales.

Los Juzgados de Policía Local no forman parte de la estructura del Poder Judicial, pero están bajo la supervisión de las Cortes de Apelaciones de cada jurisdicción.

Paralelamente encontramos al Tribunal Constitucional. Se trata de un órgano jurisdiccional del Estado chileno, tribunal colegiado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder, cuya función principal es ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Está compuesto por diez miembros, denominados ministros titulares, uno de los cuales es su presidente, y dos ministros suplentes. Creado originalmente por una reforma constitucional a la Carta Fundamental 1925, de 23 de enero de 1970, fue disuelto por el decreto ley N° 119 de 10 de noviembre de 1973, emanado de la Junta militar de Gobierno. La Constitución de 1980 lo repuso como organismo Constitucional Nacional, siendo modificado en forma sustancial, mediante la reforma constitucional de 2005.

El Tribunal solo puede ejercer su jurisdicción a requerimiento de las personas y los órganos constitucionales legitimados, o de oficio, de conformidad a la Constitución Política de la República y la ley orgánica constitucional respectiva. En contra de sus resoluciones no procede recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Según pudimos constatar, el primer intento profundo por reformar en el Poder Judicial chileno se produce inmediatamente después de recobrada la democracia en el año 1990. Las políticas que en ese entonces se intentaron estuvieron signadas por las especiales características y objetivos del proceso de transición chileno, por lo que más que apuntar a los problemas endémicos del sistema, se dirigieron a tratar de introducir cambios en la forma de ejercicio y distribución del poder dentro del Poder Judicial, lo que se encontraba fuertemente asociado a la crítica que focalizaba en la Corte Suprema las responsabilidades por lo sucedido en materia de derechos humanos durante el gobierno militar. Las ideas que en ese entonces se propusieron estaban focalizadas en la creación de un Consejo Nacional de la Justicia y la introducción de una serie de cambios en la composición y funcionamiento de la Corte Suprema.

En el segundo gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, la estrategia de reformas al Poder Judicial varió significativamente. Por una parte, se decidió privilegiar reformas sustantivas al funcionamiento del sistema, escogiéndose por su singular importancia centrar los esfuerzos en el área penal. Por la otra, se buscó que la reforma estuviera revestida de altos grados de consenso, tanto al interior del mundo jurídico, como en el político. Ello significó un cambio notable en cuanto a la envergadura y posibilidades de éxito de las reformas susceptibles de afrontar.

Chile cuenta con una carrera funcionaria para los magistrados. En efecto, el artículo 267 del Código Orgánico de Tribunales establece lo que se denomina el Escalafón Primario formado por siete categorías, que parte de lo inferior por la de los secretarios de los juzgados de letras hasta culminar con la categoría de Ministros y Fiscal Judicial de la Corte Suprema.

De este modo, de acuerdo con la antigüedad y el mérito, quien inicia su carrera en la Séptima Categoría puede aspirar a culminarla con el nombramiento de ministro del más alto tribunal de la República.

En el año 1.997 se modificó el artículo 75 de la Constitución chilena a fin de permitir que cinco de los ministros de la Corte Suprema accedan a ella siendo abogados extraños a la administración de justicia, los cuales deben ser nombrados de la misma forma como lo son los jueces de carrera, constituyendo esta la única situación en que se accede al Poder Judicial, en el Escalafón Primario, sin haber completado el juez designado una carrera judicial.

Retomando el procedimiento de selección de magistrados, cabe referir que en el año 1.994 se dictó la ley 19.346 por medio de la cual se creó la Academia Judicial, corporación de derecho público, cuya finalidad es la formación de los postulantes a cargos del Escalafón Primario del Poder Judicial y el perfeccionamiento de todos sus integrantes.

Dicho organismo está sometido al control de la Corte Suprema, pero su dirección superior y administración está a cargo

de un Consejo Directivo, integrado por nueve personas en cuya conformación están representados los jueces, el Poder Ejecutivo y Legislativo.

De esta forma, en Chile quien desee ser juez debe cumplir los siguientes requisitos: a) ser chileno; b) tener el título de abogado; y c) haber cumplido satisfactoriamente el Programa de Formación para Postulantes al Poder Judicial, otorgado por la Academia Judicial.

El último de los requisitos constituye la piedra angular de todo el proceso de selección, ya que los programas del curso de formación para jueces pretenden que el alumno sea capaz de comprender el rol de juez en la sociedad, completar su conocimiento en materias atinentes a la función judicial, dotarlos de las destrezas, habilidades y criterios necesarios para el ejercicio de esta labor.

La Academia Judicial ha diseñado un sistema que tiene a la objetividad como criterio distintivo, de modo tal de asegurar que los candidatos que se inscriban resulten de los mejores graduados.

Así, la etapa de selección se basa en primer lugar sobre las calificaciones obtenidas por el postulante en la Universidad. Luego se le practica un examen de conocimiento y aptitudes, destinado a medir su criterio jurídico; en la solución de casos que se le proponen. Esta instancia consiste en un test de 140 preguntas en que los contenidos están relacionados al derecho penal, civil y constitucional, entre otros, y de superarse esa etapa, los postulantes deben encargarse de la resolución de cuatro casos temáticos sobre el derecho de familia, comercial, administrativo y laboral.

Posteriormente es evaluado por un psicólogo a fin de diagnosticar sus características personales que digan relación con sus conductas y valores y se concluye con una entrevista personal, a cargo de una comisión, que siempre debe estar integrada por un Consejero Judicial, a fin de observar sus características particulares en relación a su personalidad, desplante, dominio

de situaciones, facilidades de expresión y sus motivaciones para postular.

Luego se imparten un poco más de veinte cursos, se ha observado un alto interés de los abogados para postular a sus cursos. Esta formación dura entre seis a ocho meses, dependiendo de los requerimientos del sistema judicial. Es de jornada completa y de dedicación exclusiva para el postulante, recibiendo éste una remuneración que lo incentiva para su postulación y que le resulta atractiva puesto que el curso es enteramente gratuito. El alumno debe aprobar el programa de acuerdo a un sistema de evaluación por notas de sus ramos y tutorías, las que a la hora de su postulación a un cargo resultan muy importantes, puesto que en la terna que debe confeccionar la Corte respectiva deberá preferirse de entre los oponentes, aquellos que hubieran obtenido mejores calificaciones.

La promoción de los jueces se basa en un conjunto de normas que los habilitan, dentro de su carrera funcionaria, a postular a cargos de superior o igual categoría dentro de los escalafones del Poder Judicial. Dado que el juez goza de inamovilidad en su cargo, un ascenso en el escalafón constituye un derecho que libremente puede ejercer.

El procedimiento de ascenso consta de la ponderación de dos elementos: la antigüedad y los méritos. En cuanto al primer factor, la ley establece que no podrá ser promovido a una categoría superior el funcionario que tenga menos de tres años de servicios en su categoría. En cuanto a la segunda condición, es que sólo podrán ser incluidos en alguna lista de ascenso aquellos funcionarios que hayan sido incluidos en la lista sobresaliente, con lo cual tienen preferencia por sobre los que hayan sido calificados en lista muy buena o satisfactoria.

De esta manera, la calificación anual que se realiza para todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial es sustancial para poder concursar en algún cargo de las categorías superiores a la que pertenecen. El órgano calificador es el tribunal superior jerárquico del funcionario calificado.

Así los jueces son calificados por la Corte de Apelaciones respectiva y los miembros de ésta por la Corte Suprema (artículo 273 Código Orgánico de Tribunales). Esta calificación atiende a la conducta funcionaria y desempeño observado por los jueces en el año precedente a la calificación y sobre la base de los antecedentes, entre los cuales se ponderan las medidas disciplinarias, notas de mérito o demérito o llamados de atención que han tenido en ese período y se tomará en especial cuenta los factores de responsabilidad, capacidad, conocimiento, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público, lo que permite al órgano calificador poner nota en cada rubro, con una máxima de 7.0 y sólo quedan en lista sobresaliente y habilitado para ascender, quien obtenga un puntaje de 6.5 a 7.0.

Finalmente es condición para la lista de mérito que el juez haya postulado durante el año a un curso de perfeccionamiento dictado por la Academia Judicial (artículo 15 inciso 2º de la ley 19.346).

Así en las instancias para los nombramientos de magistrados participan el Poder Judicial que propone y el Poder Ejecutivo que designa. De este modo, los jueces de letras en Chile son designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva.

Cuantitativamente, cabe señalar que para llegar al Poder Judicial, se inscriben en promedio 500 abogados en cada proceso que deben sortear el test de 140 preguntas de selección múltiple, se eligen los 120 candidatos con mejores calificaciones quienes avanzan a la etapa de resolución de casos. Entre ellos sólo 90 son seleccionados para rendir un test psicométrico, una entrevista individual y una actividad grupal que busca evaluar la respuesta de los participantes. Luego de dichas instancias persisten 40 candidatos, de los que una comisión especial entrevista aprueban 24 vacantes como máximo, pero que de no contarse con candidatos de con los niveles requeridos no resulta necesario completar la totalidad.

Por su parte, en el nombramiento de los Ministros de Corte Suprema, además, interviene el Senado quien debe aprobar la proposición del Presidente de la República con los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Esta intervención de la Cámara Legislativa se receptó en el año 1.997 como consecuencia de una reforma al Art. 75 de la Constitución, modificación resistida por la Corte Suprema en la inteligencia que se podía afectar la independencia del poder judicial.

En síntesis, del conjunto de reformas introducidas en la materia, podemos destacar como las más significativas las siguientes:

a) Selección de jueces

Se sofisticó y tecnicizó el sistema de selección de jueces, a través de un proceso complejo que queda bajo la tutela de la Academia Judicial.

El sistema consta de cuatro fases:

- La primera es de reclutamiento y consiste en una campaña promocional que se realiza antes de cada llamado, tendiente a motivar la presentación de postulaciones.
- La segunda consiste propiamente en el concurso al que se someten los aspirantes. En él van siendo descartados en forma sucesiva hasta llegar a una cifra predeterminada. El primer paso se centra en el examen de los antecedentes de cada uno. Luego son sometidos a diversos exámenes de conocimientos, habilidades y psicológicos. Finalmente, son sometidos a una entrevista personal.
- Quienes concluyen satisfactoriamente la fase anterior ingresan a un curso llamado de formación bajo un programa que integra en partes iguales seminarios y pasantías en tribunales. Los alumnos son becados durante la duración de este programa.
- La etapa final es la selección propiamente de los nuevos jueces. En esta fase los egresados de la Academia poseen preferencia. No es obligatorio para los egresados postular

a cargos judiciales, pero el no hacerlo los obliga a devolver el importe de la beca.

b) Capacitación

Adicionalmente, la Academia Judicial que se creó asumió la tarea de ofrecer actividades de capacitación continua a todos los integrantes del Poder Judicial. Para ello, la Academia administra un fondo de perfeccionamiento, determina los objetivos académicos de los talleres que deben impartirse y selecciona a quienes postulan a ellos. Los talleres propiamente tales son licitados, adjudicándose los a la entidad que los desarrolle de mejor manera, tanto en cuanto a contenidos, metodologías, materiales y nivel académico de los docentes. La metodología, en todo caso, debe ser siempre activa, no aceptándose clases expositivas.

c) Integración y designaciones en la Corte Suprema.

A través de estas modificaciones se cambió la integración y el sistema de designación de la Corte Suprema. Respecto a la primero, se hizo intervenir al Senado, quien con un quórum muy alto (2/3 de sus miembros) debe ratificar la designación hecha por el Presidente, el que debe seguir sujetándose a una quina elaborada por la propia Corte Suprema. En cuanto a la integración, los cambios significaron el aumento de los miembros de la Corte (de 17 a 21) y el establecimiento que de éstos 5 provinieran de fuera de la carrera judicial.

En algunos países se ha introducido programas de capacitación para candidatos a la judicatura, como parte de un proceso de selección más transparente.

Como reseñamos párrafos arriba, Chile ha establecido un sistema sofisticado para la selección judicial. Se evalúa a los candidatos en forma competitiva sobre la base de sus antecedentes, pruebas de conocimientos y capacidades, además de exámenes psicológicos.

Según postula la doctrina, los resultados de este programa han sido muy positivos y los graduados se sienten más

independientes puesto que entienden que su nominación se ha debido a méritos propios, dentro de un proceso competitivo.

V.4. El sistema de justicia en la República del Perú. Los mecanismos de selección de magistrados

Durante el 2018 se instaron reformas constitucionales a efectos de remodelar el sistema de justicia en el Perú. Luego de dicha reforma, las instituciones del sistema de justicia son: Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, la Academia de la Magistratura y el Consejo Nacional de la Magistratura.

En la base de la estructura piramidal del sistema judicial encontramos a los Juzgados de Paz, que investigan y sentencian en casos de faltas menores, de acuerdo a su competencia. Aunque están considerados como órganos del Poder Judicial, los juzgados de paz no recurren a la valoración jurídica de los casos. De hecho, los jueces de paz no son necesariamente abogados ni tampoco atienden casos que se ajusten al Código Penal o al Civil. Se trata de una justicia netamente de conciliación. Los jueces de paz son designados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a recomendación de las autoridades de su localidad (Concejos Municipales Distritales, Concejos Municipales Menores, Comunidades Campesinas, Nativas, Parcialidades y Agencias Municipales, entre otros).

Asimismo se pueden identificar los Juzgados de Paz Letrado, quienes resuelven apelaciones realizadas sobre las sentencias de los juzgados de Paz No Letrados, y resuelven en casos de faltas, de acuerdo con su competencia. Estos tribunales de menor grado de competencia conforman el primer escalón de la carrera judicial. A diferencia de los juzgados especializados, los juzgados de paz letrados se instalan en localidades más pequeñas dentro de las provincias o de los distritos locales. Como lo señala la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Juzgados de Paz Letrados pueden encargarse de procesos civiles, penales o laborales de menor complejidad y cuantía de sanción. Es

decir, resuelven casos en los que no sea necesario dominar una especialidad específica -aunque sus jueces son profesionales en Derecho- y en los que la cantidad de dinero en demanda es inferior a la suma de dos remuneraciones mínimas vitales.

Seguidamente ubicamos a los Juzgados Especializados y/o Mixtos, quienes poseen competencia para tratar las apelaciones de sentencias de los Juzgados de Paz Letrados y resuelven casos que les son presentados según la materia (civil, penal, laboral). Todas las provincias del país tienen, por lo menos, un juzgado especializado o mixto. A su vez, existen juzgados de competencia nacional, como el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional.

Con competencia de Alzada sobre estos juzgados, se encuentran las Cortes Superiores. Ubicadas en los 34 distritos judiciales que actualmente funcionan en el país, las Cortes Superiores están compuestas por Salas Especializadas o Mixtas. Al igual que en la Corte Suprema, cada Corte Superior cuenta con un presidente elegido por su Sala Plena de jueces titulares. Cada Sala Especializada o Mixta de las Cortes Superiores atienden casos en apelación.

A continuación se encuentran la Corte Suprema, que constituyen la última instancia ante la cual se pueden recurrir en los procesos judiciales que provienen de cualquier Corte Superior de Justicia. La Corte Suprema tiene competencia en todo el territorio peruano. Por tanto, los casos judiciales iniciados en cualquier parte del país pueden llegar a la Suprema para su revisión. La Corte Suprema siempre está compuesta por 18 jueces -también llamados vocales- supremos. Todos estos magistrados están repartidos, a su vez, en las ocho Salas Supremas encargadas de administrar justicia en derecho civil, penal, constitucional o social. Estas Salas Supremas son: la Sala Civil Permanente y la Sala Civil Transitoria; la Sala Penal Permanente y la Primera Sala Penal Transitoria, y la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, además de tres salas transitorias de esa misma materia. También existe instalada una Sala Penal

Especial, competente en juicios contra funcionarios públicos que hayan delinquido en el ejercicio de sus cargos. Las salas llamadas “transitorias” son tribunales que realizan el mismo trabajo que las salas permanentes. La diferencia es que fueron creadas “temporalmente” (aunque, en la práctica, no desaparecen) para compartir y cubrir la carga de procesos judiciales que llega a la Suprema.

De modo paralelo se encuentra el Tribunal Constitucional, que es un organismo constitucional e independiente del Estado peruano. Tiene como sede oficial la ciudad de Arequipa. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente, porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley N° 28301. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares, no vulneren lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

Está integrado por siete miembros que ostentan el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Son designados por el Congreso de la República mediante resolución legislativa, con el voto de dos tercios del número legal de sus miembros.

En lo relativo al proceso de selección de magistrados, cabe comenzar señalando que una de las reformas constitucionales propuestas en 2018, se refiere al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Las otras tres son reformas del sistema político: i) el retorno a la bicameralidad parlamentaria, ii) la no

reelección inmediata de congresistas y iii) reglas más estrictas para el financiamiento privado de los partidos políticos.

Según el artículo 206° de la Constitución peruana, esta reforma debía ser sometida a referéndum para su ratificación y puesta en vigencia. Extremo que aconteció el pasado mes de diciembre. En resumen, los peruanos votaron a favor de la implementación de la Junta Nacional de Justicia, que se encargará de nombrar y ratificar a los jueces y fiscales en reemplazo del desactivado Consejo Nacional de la Magistratura.

A efectos de entender el impacto de los cambios resulta importante realizar una breve digresión para explicar el sistema anterior.

La Constitución Política del Perú de 1979 regulaba, en el capítulo X del Título IV, la existencia composición y funciones del CNM. En este texto sólo se otorgaba competencia al Consejo en materia de formulación de propuestas para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y cortes superiores, cuya designación continuaba encomendada al Presidente de la República. Asimismo, este nombramiento presidencial de los magistrados de la Corte Suprema requería la ratificación del Senado.

El CMN estaba integrado por siete miembros: el Fiscal de la Nación, quien lo presidía, dos representantes de la Corte Suprema, un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, otro del Colegio de Abogados de Lima, dos representantes de las facultades de Derecho del país. El mandato de cada uno de ellos tenía una duración de tres años.

Por su parte, las propuestas para el nombramiento presidencial de los magistrados de primera instancia y cargos inferiores se encomendaban a cargo de los Consejos Distritales de la Magistratura y a tales efectos se establecía que las propuestas debían efectuarse previo concurso de méritos y evaluación personal de los candidatos.

Los Consejos Distritales de la Magistratura estaban presididos por el Fiscal Decano del distrito e integrados por los dos magistrados más antiguos de la Corte y por dos representantes del Colegio de Abogados de la jurisdicción.

Cabe anotar que las potestades de investigar la conducta funcional de los jueces y de imponer sanciones disciplinarias, bajo este régimen, se encontraba a cargo de la Corte Suprema. Empero, el CNM recibía las denuncias que se presentaban por la actuación de los vocales de la Corte Suprema, calificándolas y remitiéndolas al Fiscal de la Nación o a la propia Corte Suprema, para la imposición de sanciones disciplinarias.

La Constitución Política de 1993 introdujo ampliaciones muy significativas en cuanto a las funciones del CNM, alterando también su composición.

En cuanto a ésta, el Art. 1559 estableció que se compone con miembros elegidos por la Corte Suprema (1), Junta de Fiscales Supremos (1), los Colegios de Abogados del país (1), los demás colegios profesionales del país (2), los rectores de las universidades nacionales (1) y los rectores de las universidades particulares (1).

En relación a sus funciones se estableció que nombraba, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo aquéllos que provienen de elección popular. Dicho nombramiento requiere el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Asimismo debía ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años, siendo dicho proceso de ratificación independiente de las medidas disciplinarias. Los magistrados no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. Se le asignó la competencia para aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y fiscales supremos; y, a solicitud de la Corte Suprema o la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, disponer la destitución de los jueces y fiscales de todas las instancias. Naturalmente se requería que la resolución final del Consejo sea motivada y dictada previa audiencia del interesado; empero se estableció que era de carácter inimpugnable.

Posteriormente, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 151 establecía la competencia de la Academia de la

Magistratura (AMAG) prescribiendo que se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección. Es requisito para el acceso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia.

La finalidad, objetivos y organización de la AMAG se hallan regulados en la Ley Orgánica N° 26335, del 20 de Julio de 1994, y en sus estatutos, reconociéndola como persona jurídica de derecho público interno. Si bien la Constitución determinaba que la AMAG formaba parte del Poder Judicial, la ley orgánica le confiere expresamente autonomía académica, económica, administrativa y de gobierno.

La AMAG, de conformidad con lo establecido en sus normas regulatorias y en sus planes de acción, desarrollaba tres tipos de programas específicos de formación y capacitación: a) El Programa de Actualización y Perfeccionamiento, que se dirige a brindar capacitación y especialización a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, mediante cursos de corta duración (3 días) sobre temas específicos, que se desarrollan en forma descentralizada en los distintos distritos judiciales del país; b) El Programa de Formación de Aspirantes, dirigido a la preparación de los candidatos que pretenden postular ante el Consejo Nacional de la Magistratura para acceder a cargos de magistrado en el Poder Judicial o el Ministerio Público, para lo cual debe aprobarse previamente el curso que desarrolla la Academia en este Programa y c) El Programa de Capacitación para el Ascenso, dirigido a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público que pretenden acceder a cargos superiores en sus respectivas instituciones debiendo aprobar para estos efectos el curso que desarrolle la Academia, como requisito para postular luego ante el Consejo Nacional de la Magistratura.

A partir de la vigencia de su Ley Orgánica se procedió a componer su primer Consejo Directivo, el que aprobó los estatutos en diciembre del mismo año. El Consejo Directivo estaba conformado por siete miembros: tres designados por el Poder Judicial, dos por el Ministerio Público, uno por el CNM y uno

por el Colegio de Abogados de Lima. Durante 1995 se dieron los primeros pasos para diseñar y organizar la nueva institución, dotarla de personal (de dirección, cuadros profesionales y administrativos), definir sus líneas de acción, etc.

Finalmente el inicio efectivo de las actividades de la AMAG se produce en enero de 1996, priorizando la ejecución del Programa de Actualización y Perfeccionamiento. En este campo, se habían planeado realizar un mínimo de catorce cursos entre marzo y diciembre, pero se pudo ejecutar veintiocho, que beneficiaron a casi 1.200 magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público de todo el país. En 1997 se desarrollaron sesenta y dos de estos cursos, siendo fundamental -además- el diseño e inicio del Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura.

El CNM inició el proceso de nombramiento de magistrados desde mediados de 1995 y prosiguió durante 1996; en dicho lapso, la AMAG puso en marcha su Programa de Actualización y Perfeccionamiento, mas no el de Formación de Aspirantes, por lo que la selección efectuada por el Consejo debió realizarse sin el “filtro” previo de la capacitación impartida por la AMAG. En dicho período, el CNM procedió a la selección y nombramiento de los fiscales supremos, de 175 vocales de cortes superiores y de 48 fiscales superiores.

En diciembre de 1996, mediante Ley N° 26696, el Congreso de la República suspendió temporalmente los concursos del CNM para la designación de magistrados titulares y dispuso que la AMAG proceda a diseñar y poner en marcha el Programa de Formación de Aspirantes, cuyo curso deben aprobar previamente quienes pretendan postular ante el Consejo. Esta norma, en definitiva, implicó el pleno cumplimiento del sistema de formación y selección de magistrados según lo previsto en la Constitución.

El diseño académico y administrativo del curso del Programa de Formación de Aspirantes -PROFA- fue efectuado y concluido durante el primer semestre de 1997. Fue concebido

como un Programa “de emergencia”, con una duración de seis meses, combinando actividades educativas presenciales y semi-presenciales, un cronograma de estudio diario, un sistema de evaluación semanal, mensual y final. El curso articula cinco módulos temáticos: razonamiento jurídico, constitucional, penal y procesal penal, civil y procesal civil y entorno socio-económico de la función jurisdiccional.

En julio del mismo año se convocó al concurso de admisión para el primer curso del PROFA, dirigido a los interesados en postular a los cargos de jueces de paz, jueces especializados y mixtos, y fiscales provinciales de los distritos judiciales de Lima, Callao, Cañete, Huaura y Cono Norte. De los inscritos 1.000 postulantes fueron declarados hábiles y 316 aprobaron el examen de admisión. El curso se inició a mediados de octubre, debiendo concluir en abril de 1998. Sólo quienes lo aprueben estarían en aptitud de postular ante el CNM.

A poco de iniciado este primer curso, la AMAG realizó el proceso de admisión para un segundo curso en el norte del país; dirigido a postulantes a los cargos de jueces de paz, jueces especializados y mixtos, fiscales provinciales y fiscales adjuntos de los distritos judiciales de Piura-Tumbes y Lambayeque. De los casi 350 inscritos declarados hábiles, 78 aprobaron el examen de admisión, previéndose el inicio del curso para mediados de febrero de 1998.

A fin de dar un fuerte impulso al desarrollo y ejecución descentralizado del PROFA, la AMAG programó realizar durante el primer semestre de 1998 los procesos de inscripción y admisión para cursos (destinados a cubrir los mismos cargos) en los distritos judiciales de Lima, Arequipa, Tacna-Moquegua, Puno, Cusco-Madre de Dios, Apurímac, La Libertad, Santa, Ancash y Cajamarca.

En definitiva, si bien durante 1997 el CNM no pudo efectuar ningún concurso para el nombramiento de magistrados titulares, lo cierto es que el inicio de los concursos del PROFA de la AMAG no sólo permitió dar pleno cumplimiento al sistema de

formación y selección previsto en la Constitución, sino -sobre todo- que los aspirantes cuenten con un mejor nivel de preparación y capacitación, lo que contribuirá al desempeño de la tarea del Consejo.

Este sistema perduró hasta que trascendentes hechos coyunturales vinculados con supuesto de corrupción irrumpieron en la escena social, que implicaron la reforma constitucional del año 2018 en comentario.

Cabe precisar que según relatamos párrafos arriba el CNM era el órgano constitucional autónomo encargado de la designación, evaluación y eventual destitución de jueces y fiscales de todos los niveles –incluyendo los supremos- en todo el país. Dichos consejeros fueron removidos por el Parlamento ante un escándalo de corrupción judicial, por lo que hasta la implementación de la reforma constitucional, en el Perú se careció de un órgano que designe o destituya a jueces y fiscales, con excepción del Parlamento que puede destituir a jueces y fiscales supremos y considerando que el Poder Judicial y el Ministerio Público sólo pueden suspender provisionalmente a un magistrado hasta un máximo de seis meses.

Ahora bien, con esta reforma constitucional de 2018 los principales cambios en el modelo institucional de este órgano autónomo, son los siguientes:

1. Se modifica el nombre del órgano: a partir de la reforma se denomina Junta Nacional de Justicia (JNJ).
2. Se modificó el modelo institucional: Se superó el modelo institucional de un CNM que podríamos denominar “corporativo de sociedad civil” (que consagró la Carta de 1993) y se ha migrado a un modelo en el que la representación de organizaciones de sociedad civil ha pasado de ser mayoritaria a ser minoritaria y, a la vez, se ha incrementado la representación de las instituciones que forman parte del sistema de justicia.
3. Se mantiene el número de siete integrantes titulares de la JNJ, con sus respectivos suplentes.

4. A partir de ahora los integrantes de la JNJ no serán designados directamente por las instituciones del sistema de justicia y de sociedad civil, sino por una “Comisión especial” que se reunirá cada vez que haya que designar a los miembros de la JNJ y que estará conformada de la siguiente manera: El Defensor del Pueblo, quien la presidirá; el Presidente del Poder Judicial; el Fiscal de la Nación; el Presidente del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República; un rector elegido por los rectores de las universidades públicas más antiguas (50 años o más) y debidamente acreditadas académicamente; un rector elegido por los rectores de las universidades privadas más antiguas (50 años o más) y debidamente acreditadas académicamente.

En cuanto a la participación minoritaria de sociedad civil en cabeza de las universidades, existen voces que señalan que hubiese sido que no fuesen los rectores sino los decanos de las facultades de derecho, lo cierto es que se considera positivo que la reforma aprobada haya especificado que sólo participarán las universidades no sólo más antiguas, sino las debidamente licenciadas o acreditadas académicamente por el órgano competente para ello, que hoy en día es la SUNEDU (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria).

Por otro lado, la “Comisión especial” tendrá el apoyo de una “Secretaría técnica especializada” para la selección de los candidatos a miembros de la JNJ, extremo que se realizará a través de un procedimiento con “garantías de probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia”.

Asimismo, se han elevado los recaudos para ser integrante de la JNJ: mayor experiencia profesional o académica (25 años o más); no haber sido condenado por delito doloso y “tener reconocida trayectoria profesional y solvencia e idoneidad moral”.

Paralelamente se fortalecieron las potestades disciplinarias de la nueva JNJ. Así tiene competencias para destituir de oficio –y no sólo a solicitud de la Corte Suprema o la Junta de Fiscales Supremos- a jueces y fiscales de todas las instancias y no sólo

a los supremos como hasta ahora y podrá aplicar sanciones de amonestación o suspensión de hasta 120 días a los jueces y fiscales supremos.

En materia de control, la JNJ tiene la obligación constitucional de presentar un informe anual ante el Pleno del Congreso de la República. Además, la JNJ tendrá la potestad temporal –por 18 meses– de revisar y eventualmente dejar sin efecto, las decisiones adoptadas por el destituido CNM en materia de designación y ratificación de jueces y fiscales, ante la legítima sospecha de que algunas de esas decisiones hayan sido fruto de actos de corrupción.

En la actualidad se está integrando la JNJ, motivo por el cual a la fecha no constan resultados de este nuevo órgano integrante del sistema de justicia, pero resulta clara su importancia institucional, nacida al amparo de la manipulación en la selección y designación de magistrados.

VI. Estructura del Poder Judicial Federal y el sistema de selección de magistrados en la Argentina

VI. 1. El sistema de administración de justicia federal

La Argentina posee un régimen federal, de modo tal que la triada clásica de reparto de competencias se replica por cada unidad que opera como centro, por ello las provincias poseen su propio sistema de administración de justicia.

En particular, el sistema de justicia federal se compone con el Poder Judicial de la Nación y los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa.

En la cabeza del Poder Judicial se está la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y por debajo las Cámaras de alzada según asignación de competencia.

En lo que respecta a la composición y residencia de la Corte Suprema, la Constitución Nacional de 1853 dispuso, en su artículo 91, que el Poder Judicial de la Nación sería ejercido

por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Posteriormente, la reforma de 1860 suprimió la residencia obligatoria en la Capital, como también lo referente a la cantidad de jueces, para que el Congreso fijara el número que considerara adecuado. En 1862, la Ley Orgánica de la Justicia Federal, Ley N° 27, determinó que la Corte estaría integrada por cinco miembros y un procurador general. En 1960, por medio de una nueva ley del Congreso de la Nación se llevó a siete el número de jueces, hasta que en 1966 se volvió a la composición anterior de cinco jueces y un procurador general, integración que se mantuvo hasta 1990, cuando se elevó nuevamente el número a nueve (ley 23.774). Finalmente, la ley 26.183 dispone la reducción del número de jueces de la Corte Suprema a cinco.

Por otro lado, todo el sistema de primeras instancias y alzadas (Cámaras de Apelación y Cámaras de Casación) se organiza a través de la asignación de competencias por fueros. Así encontramos con asiento dentro del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la Justicia Nacional en lo Penal Económico, a la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, y luego por asientos territoriales (Bahía Blanca, Comodoro Rivadavia, Córdoba, Corrientes, General Roca, La Plata, Mar del Plata, Mendoza, Paraná, Santa Fe, Misiones, Resistencia, Salta, San Martín y Tucumán). Como puede observarse, las instancias de revisión no necesariamente poseen relación con los territorios provinciales.

Cada uno de los juzgados –unipersonales–, cámaras de apelaciones y de casación -colegiadas- y la Corte Suprema pueden realizar un control de convencionalidad y constitucionalidad.

El artículo 110 de la Constitución Nacional consigna que los jueces de la Corte conservan su empleo mientras dure su buena conducta. Asimismo se consagra, como garantías de la independencia del Poder Judicial, la inamovilidad de los jueces y la irreductibilidad de sus remuneraciones. La reforma constitucional de 1994 introdujo una modificación al art. 99 de

la Constitución Nacional, por la cual será necesario un nuevo acuerdo para los magistrados una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Dicho nombramiento se hará por cinco años y podrá ser repetido indefinidamente. Esta disposición ha recobrado su vigor luego de un cambio de jurisprudencia de máximo tribunal.

Por su parte, dentro del Poder Judicial se ubica el Consejo de la Magistratura que, según establece el artículo 114 de la Constitución será regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tiene a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

Dicho Consejo es integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Particularmente, el texto constitucional reconoce las siguientes sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

VI.2. El mecanismo de selección de magistrados

Luego de este sucinto y liminar repaso del sistema de administración de justicia federal, cabe focalizar en cómo es el mecanismo de designación de magistrados federales.

El inciso 4° del artículo 99 establece que el Poder Ejecutivo “Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

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

Entre los primeros, dispone atender a las circunstancias relativas a la composición general de la Corte en cuanto a diversidades de género, especialidades profesionales e integración regional y federal, así como también a los requisitos atinentes a la integridad moral e idoneidad técnica y el compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos que deben reunir los postulantes. Asimismo, para ser juez de la Corte se requiere ser abogado, con un mínimo de ocho años de ejercicio en la profesión, una edad mínima de 30 años, y las demás calidades necesarias para ser senador (art. 111 Constitución Nacional), a las que se añaden las condiciones establecidas por el decreto 222/03.

En cuanto al procedimiento, la reglamentación prescribe que deben publicarse el nombre y los antecedentes de quien se considere idóneo para la cobertura de la vacante en un plazo

máximo de 30 días de producida en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional durante tres días, así como en la página oficial del Ministerio de Justicia. El postulante debe presentar una declaración jurada de sus bienes en los términos indicados en la ley de Ética de la Función Pública (ley 25.188). Asimismo, pondrá también de manifiesto ciertos aspectos de su desempeño profesional con las limitaciones que imponen las normas de ética vigentes. Todos los ciudadanos se encuentran facultados para presentar observaciones respecto de los candidatos, así como las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos, quienes las hacen llegar al Ministerio de Justicia y pueden ser abordadas en la audiencia pública que se lleva a cabo en el Senado luego de la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo. Luego de cumplido el procedimiento, el Poder Ejecutivo remite el pliego al Senado para su tratamiento.

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

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

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

El Poder Ejecutivo selecciona uno de los candidatos que componen la terna y eleva su pliego al Senado, para obtener el acuerdo. Dentro de esta etapa, el pliego se recibe en la Comisión Permanente Unicameral de Acuerdos, que cuenta con 17 miembros y debe dictaminar sobre los acuerdos pedidos por el

Poder Ejecutivo. Para ello se entrevista al candidato ternado en una audiencia pública, y una vez que cuenta con dictamen favorable, el Senado vota su acuerdo. Con el acuerdo del Senado otorgado, posteriormente se le toma juramento ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

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

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

Sucintamente cabe referir que el examen escrito secreto se trata de la redacción de una sentencia, con el estilo propio del fuero e instancia que se concurra, el caso a resolver debe relacionarse con los temas y competencia del cargo concursado y cada uno de estos extremos es calificado por un jurado compuesto por docentes magistrados, docentes de facultades de derecho y docentes competencia general. A los efectos de resguardar el anonimato se emplea un sistema de cifrado alfanumérico. La calificación va de 0 a 100, y se aprueba con un mínimo de 50 puntos.

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

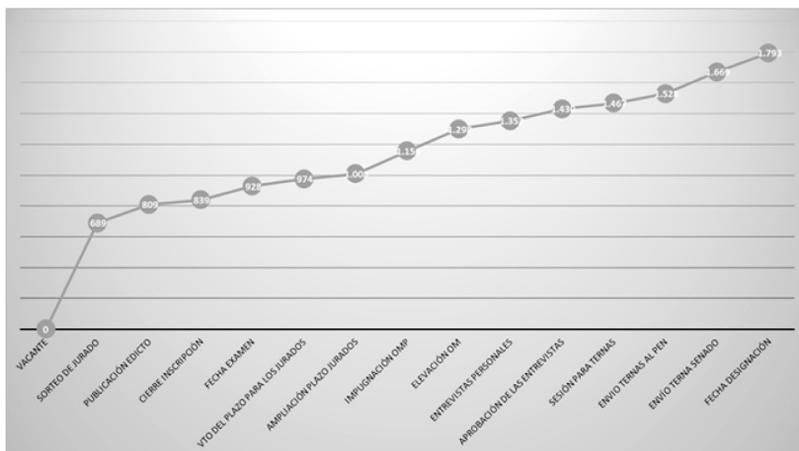
Cuando el jurado del examen escrito presenta las correcciones mediante un informe donde fundamenta el puntaje otorgado en cada caso, se realiza una audiencia en donde se develan las claves y se confecciona el orden de mérito provisorio, respecto

del cual los concursantes pueden realizar impugnaciones, las cuales son resueltas por otra subcomisión designada especialmente a tales efectos.

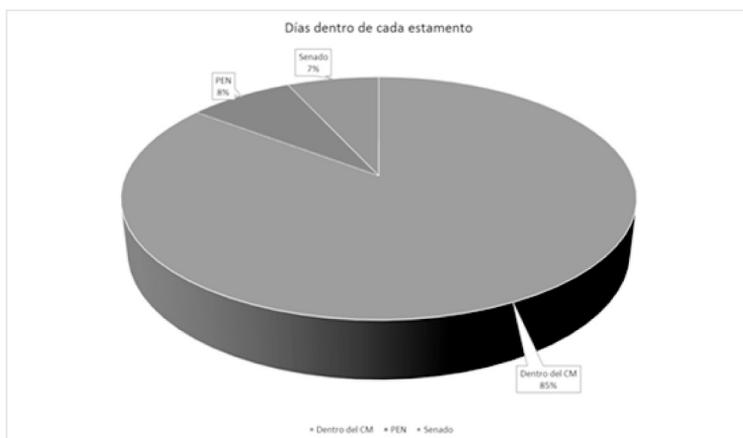
Con tales resultados, se confecciona el orden de mérito definitivo el que surge de la suma aritmética de los resultados. Luego se realiza el tercero de los hitos mencionados, que básicamente consiste en una audiencia pública ante una subcomisión del Consejo de la Magistratura donde son convocados en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

Ahora bien, resulta interesante intentar cuantificar el trámite reseñado. A tales efectos realizamos un relevamiento sobre una muestra que consideramos representativa, dado que corresponde al 100% de los magistrados designados mediante el procedimiento actualmente vigente. Se trata de los concursos para cubrir vacantes en la justicia federal que poseen designaciones por parte del Ejecutivo de al menos 1 juez al 29 de abril de 2019, y que se han tramitado bajo el procedimiento vigente (es decir sin examen oral). Se trata en total de 15 concursos (303, 304, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 316, 318, 321, 322, 324 y 325). Ello comprende un total de 23 jueces, 94 ternados, 281 concursantes efectivos y 1188 inscriptos. Se entiende por concursantes efectivos aquellos que rindieron el examen y les fueron evaluados los antecedentes para la confección del orden de mérito.

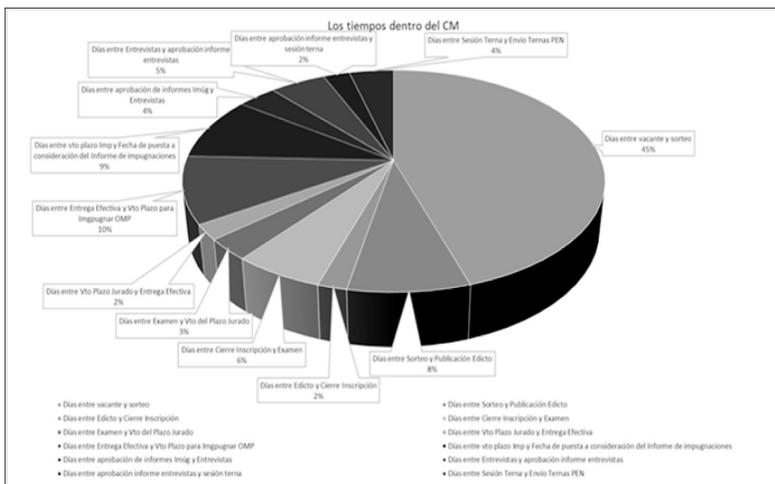
En el siguiente gráfico se puede observar el tiempo que se insume en cada una de las etapas del procedimiento, desde la generación de la vacante a concursar hasta la efectiva designación.



Como puede observarse, el procedimiento insumió 1793 días corridos, para la muestra tomada. Si separamos dichos plazos en función del tiempo que se insume dentro del Consejo de la Magistratura, dentro del Poder Ejecutivo y dentro del Poder Legislativo se obtiene que:



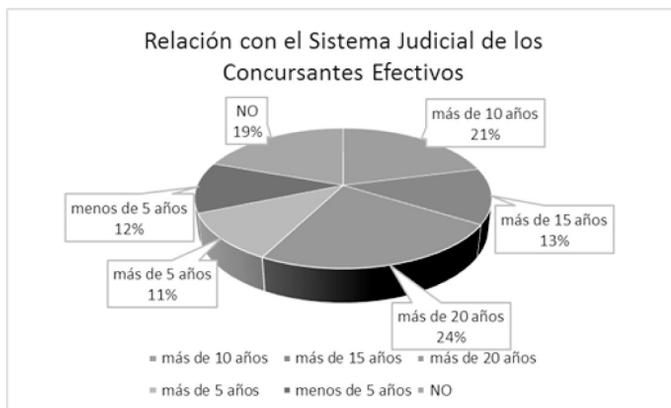
Finalmente, si nos concentramos en ponderar los tiempos dentro del procedimiento establecido por el propio Consejo de la Magistratura se obtiene:



En lo relativo al interés en participar de las convocatorias a los concursos y los resultados cuantitativos generales, se puede observar que:

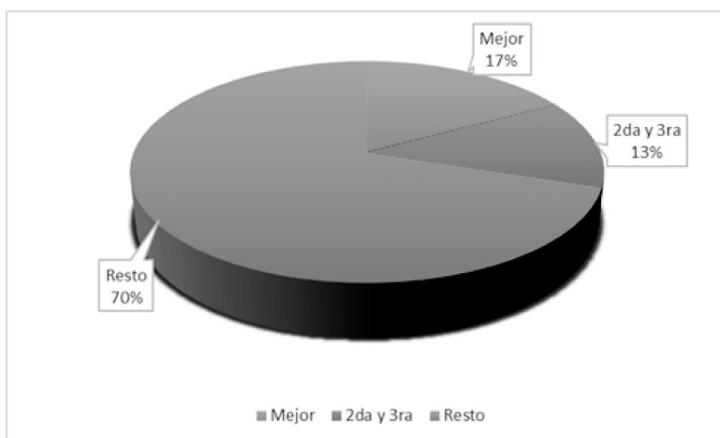


Asimismo, se constató que la mayoría de los concursantes que se inscriben se han desempeñado dentro del sistema de justicia.

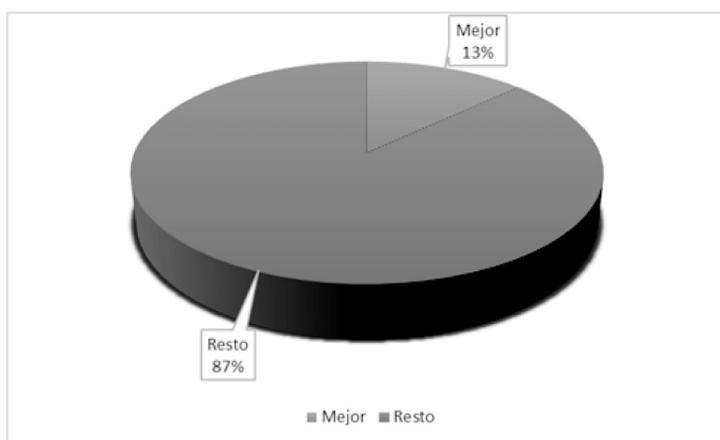


También cabe realizar un análisis sobre los candidatos efectivamente designados. Al respecto nos detuvimos a analizar cómo ha sido el desempeño de los mismos en los exámenes escritos y cómo han sido valorados sus antecedentes.

Así en el siguiente gráfico se observa que el 17% de los concursantes efectivamente designados tuvo la mejor calificación en el examen escrito.



En cuanto a la valoración de sus antecedentes, se obtuvo que:



En concreto, luego del análisis conjunto de tales variables se obtuvo que el 13% de los designados ocuparon el primer lugar del orden de mérito provisorio y el 17% de los designados ocuparon el primer lugar del orden de mérito luego de las impugnaciones.

VII. El funcionamiento de los sistemas de justicia y su impacto económico

Según indicamos en el acápite introductorio, el desarrollo de una sociedad, en la actualidad, es asociado a una vida democrática y una economía de mercado. A su vez, tales aspectos requieren instituciones respetadas que se encuentren en conexión con las necesidades sociales, aportando estabilidad y seguridad para posibilitar un comportamiento de los factores que intervienen, generando inversión, consumo, ahorro e innovación.

De este modo, la ecuación entre desarrollo y Gobierno requiere el establecimiento de patrones de comportamiento de las instituciones, de modo tal que exista un paradigma de actuación de cierta coordinación y recíproco control.

Esta cosmovisión también es producto de la evolución de ideas que pueden encontrar orígenes remotos. En efecto, en el Siglo XV John Fortescue indicaba que la prosperidad medieval inglesa se relacionaba con la calidad del sistema legal y sus instituciones. En el Siglo XVI Thomas Hobbes sostenía que sin un sistema judicial, cuando las partes realizan un contrato “el que actúa primero no tiene seguridad de que su contraparte hará lo propio, porque el valor de la palabra es demasiado débil para contener las ambiciones, la avaricia, la ira y otras pasiones sin el temor de algún poder coercitivo”³. Adam Smith observaba que una tolerable administración de justicia, junto con la paz y los

³ “...he that performeth first has no assurance the other will perform after because the bonds of words are too weak to bridle men’s ambitions, avarice, anger, and other passions without the fear of some coercive power.”. Hobbes, Thomas, Leviathan, Reprinted Edition

bajos impuestos, era todo lo que era necesario para llevar a un Estado al más alto grado de bienestar. Por su parte, Max Weber, en el Siglo XIX, fue el primero en observar detenidamente la relación entre el estado de derecho, un sistema judicial y un desarrollo económico que funcionan bien, pero según Hayek, el crédito por reconocer la importancia del poder judicial para hacer cumplir el imperio de la ley pertenece a los escritores de la Constitución estadounidense, ya los filósofos alemanes que elaboraron el concepto de Rechtsstaat.

Entrados en el Siglo XX, los economistas recogieron tal tesis y autores como North sostenían que la ausencia de mecanismos de bajo costo para hacer cumplir los contratos es causa más importante tanto del estancamiento histórico como del subdesarrollo contemporáneo en el Tercer Mundo. En una visión complementaria Williamson entendía que una economía de alto rendimiento es aquella que se caracteriza por un número significativo de contratos a largo plazo, justo el tipo de relación comercial que probablemente no prosperará en ausencia de un sistema judicial que funcione correctamente; por ello cuando el poder judicial no puede hacer cumplir las obligaciones contractuales, un número desproporcionadamente grande de transacciones tiene lugar en el mercado spot, donde hay una diversa oportunidad de violar los contratos o, alternativamente, las empresas eluden el sistema judicial por completo mediante la integración vertical y conglomerada, convirtiendo las transacciones de largo plazo en intrafirmas. En cualquier caso, sostiene Williamson, los resultados son mayores costos de transacción y una “economía de bajo rendimiento”.

Ahora bien, la progresiva construcción del marco institucional requiere una delicada ecuación que comporta la gestión de reformas en diversas instituciones del Estado en su conjunto, extremo que, en nuestra región, no deja al margen al sistema de administración de justicia.

1651, Clarendon Press, Oxford, London, 1965, Part I, Chap. 14 p. 105. Disponible en http://files.libertyfund.org/files/869/0161_Bk.pdf

En los acápites precedentes reseñamos las diversas reformas acontecidas en los procesos de selección de magistrados, las que se encontraban insertas en procesos de reforma más amplios sobre el sistema de administración de justicia. Empero, tales esfuerzos deben ser cuantificados no sólo en relación a su producción propia sino también respecto de los impactos indirectos sobre otras variables.

En efecto el análisis realizado por los investigadores acredita que en toda la región, los países se han comprometido en una reforma judicial y, asimismo, que la experiencia ha demostrado que tal empresa es mucho más difícil, técnica y políticamente, que abrir, privatizar y desregular la economía, e incluso que lograr la estabilidad de los precios (Naím, 1994).

Pero si bien se encuentra ampliamente documentado el impacto de un deficiente servicio de justicia en materia de tutela de derechos, poco se ha trabajado en la cuantificación de la relevancia de su funcionamiento en relación con la evolución de las variables económicas.

Como primera medida, en función de los siguientes estudios, se construyó el paradigma de que los sistemas legales y judiciales que funcionan bien estimulan el crecimiento:

- 1) Scully (1988): Demostró que los países con un buen nivel de funcionamiento de sus instituciones crecen más rápido económicamente, en términos de estabilidad y de mediciones per capita, que aquellos países que poseen instituciones más deficientes.
- 2) Gould y Gruben (1996): Se constata en materia de propiedad intelectual una correlación entre la inversión en dicho segmento y los grados de tutela judicial recibidos, empleando regresiones transversales en diversos países para analizar el impacto de los derechos de propiedad intelectual sobre el crecimiento, a la vez que controlan el régimen cambiario y diferentes características específicas de cada país.
- 3) Mansfield (1994 y 1995): Encuentra evidencias empíricas de que la fortaleza de un sistema de protección de la

propiedad intelectual de un país influye en su capacidad de atraer inversión y tecnología norteamericana, alemana y japonesa a las industrias de alta tecnología.

4) Williamson (1995): Acredita que el impacto de los sistemas judiciales débiles sobre la inversión en capital físico y humano será mayor en cuanto más especializada y específica sea la naturaleza de la inversión.

5) Levy y Spiller (1994): Indican que en sectores con inversión específica, una rama judicial fuerte e independiente es una condición necesaria para la participación de los inversionistas privados. En aquellos países donde el sistema judicial es débil, las leyes inestables y la discreción administrativa un fenómeno común, la inversión en estos sectores sólo se dará si la asume el Estado.

6) Sherwood et al. (1994): Indican que administrar los contratos resulta también más complicado en un sistema de débil obligación de cumplimiento, pues existe la preeminente necesidad de monitorear en detalle el desempeño en ausencia de la disciplina tácita que imponen los mecanismos de fuerte obligatoriedad.

7) Ryterman et al. (1996): Acredita que en países donde el sistema judicial posee disfuncionalidades, debido a que el costo de hacer cumplir los contratos es tan alto, las empresas prefieren renegociar constantemente o sencillamente abandonarlos si la otra parte no cumple.

8) Voigt y Gutmann (2018): a partir de datos empíricos muestran que de facto la independencia judicial propicia el crecimiento económico, pero que no resulta aún claro cómo es esa transmisión. Sin perjuicio de ello, acreditan que altos niveles de percepción sobre la independencia judicial del sistema generan la sensación en las empresas que no tratan con un obstáculo, extremo que adoptan como propicio para las inversiones.

A partir de tales investigaciones, aparece como pacífica la necesidad que posee el mercado de contar con ciertos atributos del sistema de justicia de un determinado país.

Una primera aproximación la proveen Voigt y Gutmann al trabajar sobre la hipótesis de que a mayor nivel de independencia judicial se obtiene una menor percepción de obstáculos en la materia, extremo que favorece la inversión. Así a partir de la consulta a 116.000 empresas en 136 países sobre el grado de obstáculo que genera el contacto con el sistema de administración de justicia en el desempeño de sus operaciones, obtuvieron que:

Respuestas	Cantidad	Porcentaje
No obstaculiza	61.283	52,6%
Bajo obstáculo	22.092	19,0%
Moderado obstáculo	16.685	14,3%
Alto obstáculo	10.483	9,0%
Muy Alto obstáculo	5.991	5,1%
Total	116.534	

A partir del análisis empírico concluyen que existe una fuerte evidencia de que el aislamiento de los jueces de la influencia política es importante para los intereses comerciales de las empresas y que la mayoría de las empresas están mejor con jueces independientes.

De este modo las investigaciones relevadas sistematizar los desincentivos en materia económica generados por las fallas de funcionamiento del sistema de administración de justicia de la siguiente manera:

- a) Se contraen los start-ups (creación de nuevos emprendimientos)
- b) Preferencia por empresas de pequeño tamaño, erosionando la competitividad del sistema productivo local;
- c) Tendencia al mantenimiento de mismas relaciones comerciales, generándose una ineficiencia ante la falta de oportunidades a nuevos operadores con un impacto en los niveles de competencia económica;

d) Tendencia de las empresas a integrarse verticalmente y a sistemas de traslados internos de costos adicionales, afectándose la economía local, que pueden ser identificados como bajas inversiones, congelamiento de capitales, etc.

e) Incremento de demanda de servicios de justicia asociados a conductas patológicas para obtener ventajas económicas derivadas del ineficiente funcionamiento del sistema (v. gr. litigios con bajas probabilidades de éxito a efectos de generar instancias de negociación).

Pero es posible medir efectivamente en cuánto contribuye al crecimiento económico una gestión eficiente del sistema de administración de justicia?

Del relevamiento de material efectuado hasta la fecha, una cuantificación precisa no fue encontrada. Sin embargo, se encontró un interesante estudio realizado en un país vecino, Brasil, que puede servir como primera aproximación.

Como podemos contemplar, resulta casi unánime la creencia de que la ineficiencia judicial afecta el desempeño económico al distorsionar las decisiones de negocios. Así el estudio de Castelar Pinheiro realizado para el mercado brasilero, tomado como referencia por el Banco Mundial en su Technical Paper N° 430, se centra en el análisis de datos empíricos obtenidos a partir de encuestas donde se formularon una serie de preguntas a los propietarios o gerentes de compañías acerca de cómo evaluaban la eficiencia de su sistema judicial, y sobre el posible impacto que tendría el mejorar tal desempeño sobre la producción, la inversión y el empleo.

De este modo, para evaluar la eficiencia judicial en el Brasil, se le pidió a los entrevistados que calificaran el sistema judicial respecto a prontitud, equidad y costos.

Las respuestas realizadas muestran que la lentitud es percibida como el peor de estos tres problemas (la calificación promedio es 4.5, entre mala y muy mala), seguida por altos costos (calificación promedio de 3.6). Sobre el problema de la imparcialidad, se lo califica como promedio (calificación media

de 3.1). Adicionalmente, debe observarse que la imparcialidad predomina estocásticamente sobre los otros dos factores, mientras que los costos predominan estocásticamente sobre la agilidad, confirmando que este es el peor de los tres problemas.

La primera conclusión que se obtiene de tal investigación es que pueden lograrse significativas mejoras si se maneja adecuadamente el problema de la lentitud judicial.

Las encuestas también trabajaron sobre aspectos cuantitativos. Así se realizaba preguntas con la intención de identificar la percepción de los entrevistados respecto a cuánto había perjudicado la ineficiencia del sistema judicial el desempeño de la economía y de sus empresas. Como dato interesante, en promedio, los entrevistados respondieron que la ineficiencia del sistema judicial perjudica a la economía en general más de lo que perjudica a sus propias compañías. Tal aspecto corrobora el hecho de que se han desarrollado maneras de eludir el sistema judicial, de modo tal que las empresas tienen la impresión de haberse aislado de su ineficiencia. Como consecuencia de ello, la disfuncionalidad judicial es percibida como un problema difuso, que afecta más a la economía que a la empresa misma.

En general, los resultados de dicha investigación indican que:

[a] La producción, medida como el volumen de negocios, sería la variable más positivamente afectada, al aumentar en un 18.5%. El incremento promedio para las empresas públicas y nacionales sería un poco mayor que para las compañías privadas y extranjeras, respectivamente. Las empresas de todos los sectores indicaron que estarían dispuestas a extender la producción si mejorara la calidad del sistema judicial.

[b] Habría un incremento de cerca del 13.7% en el volumen de inversión. La dispersión del sector en el aumento de la inversión es más significativa que para el volumen de negocios, pero todos los sectores, con excepción de los fondos de seguros y de pensiones, indican que aumentarían la inversión si el sistema judicial fuese más eficiente.

[c] El empleo también se vería positivamente afectado, al aumentar en un 12.3%. En este caso, las compañías nacionales privadas estarían en primer lugar. Los principales sectores de empleo intensivo, tales como la construcción y los productos alimenticios, indican que experimentarían incrementos superiores al promedio en la fuerza laboral.

[d] Tanto la inversión como el volumen de negocios en otros Estados sólo se verían marginalmente afectados por un mejor sistema judicial; la inversión aumentaría en un 6.2% y el volumen de negocios en un 8.4%.

[e] La proporción de actividades desarrolladas a través de contratación externa aumentaría en un 13.9%. En el caso de las compañías extranjeras, en un 20.5%. Estos resultados sugieren que la ineficiencia judicial constituye una barrera importante a una mayor especialización.

[f] Finalmente, los resultados indican que un mejor sistema judicial propiciaría el que las empresas hicieran más negocios con el sector público (13.7% más en promedio). Puesto que los encuestados respondieron que el volumen total de negocios se incrementaría en un 18.5%, las cifras parecen indicar que el mal funcionamiento del sistema judicial no afecta a los negocios con el sector público de una manera muy diferente a como afecta aquellos realizados con agentes privados.

Paralelamente se estimó el efecto sobre la producción y el empleo, y para ello se tomó promedios ponderados del incremento obtenido para cada sector, utilizando la participación en el Producto Bruto Interno y en el total de empleos para la ponderación.

En la investigación analizada se encargan de aclarar que los resultados varían según lo que se suponga para los sectores que no están cubiertos en la encuesta: agricultura, servicios suministrados a hogares y empresas, alquiler de propiedades, administración pública y servicios no comerciales; de modo tal que se supone que la producción y el empleo se incrementarán

en estos sectores en la misma proporción de la respuesta promedio de la encuesta, por lo que se obtiene que la producción y el empleo aumentarían, como resultado de un mejor sistema judicial, en un 18.6% y en un 13.1% respectivamente.

Como puede observarse, estos valores son similares al promedio simple obtenido antes porque en el informe se supone que importantes sectores de la economía tendrían un comportamiento “promedio”; y porque la tasa de expansión de los sectores es muy similar.

Como alternativa de análisis, en dicha investigación también se arrojan resultados para el supuesto de que la expansión de los sectores que no están cubiertos en la encuesta fuese igual a la mitad de las tasas relevadas, y ello implica un ajuste del incremento promedio en la producción y el empleo, valores que ascendería al 13.7% y 9.4% respectivamente.

Como bien se concluye en dicho informe, en cualquier caso estamos ante cifras muy significativas.

También se encara una estimación del impacto de mejorar el desempeño judicial sobre la inversión y para ello se adoptó un procedimiento análogo, suponiendo que los sectores no cubiertos en la encuesta incrementarían su nivel de inversión en la mitad de lo observado para otros sectores.

De este modo, si se toma un promedio ponderado de las respuestas de estos sectores (utilizando la participación del sector en la inversión agregada como ponderación), se estimó que el impacto de mejorar el desempeño judicial sobre la inversión sería un incremento agregado del 10.4%.

Además, se señala que un aumento en la inversión incrementa tanto la demanda agregada como la producción potencial, aun cuando en diferentes lapsos de tiempo. Por ello, empleando un modelo de crecimiento simple para la economía brasilera, que relacione la inversión y el crecimiento potencial del Producto Bruto Interno (PBI), el informe concluye que un incremento en la inversión del 10.4% haría que la tasa de crecimiento potencial del PBI aumentara en cerca del 35%.

En la investigación en comentario se aclara que un estimativo preciso tendría que considerar las diferencias entre las reacciones de los sectores y las relaciones generales de equilibrio, de manera que los estimativos presentados deben entenderse sólo como aproximaciones que en todo caso sugieren que el impacto de mejorar la eficiencia judicial sobre la economía puede ser significativo.

Es decir, que las cuantificaciones realizadas deben ser tomadas al sólo efecto indicativo, pero la importancia de los valores arrojados muestran sin lugar a dudas que existe un impacto real y relevante en la economía de un país.

No obstante, en las economías en vías de desarrollo y en transición, la reforma judicial ha sido lenta y, en algunos casos, no se ha iniciado siquiera. Como se observó, se ha rezagado bastante respecto a otras reformas, tales como la liberalización del comercio y la privatización de segmentos.

De este modo, como lo sugieren los análisis teóricos y empíricos aquí presentados, hay evidencia suficiente para creer que los sistemas de administración de justicia eficientes promueven el crecimiento económico.

VIII. Integrandó las experiencias

Las reformas de los sistemas de administración de justicia no son un fenómeno reciente. Han acompañado a la humanidad a lo largo de la historia. Es un subsistema en permanente evolución donde existen costos visibles de los impactos de las disfuncionalidades, pero también otros ocultos que deben tutelarse.

Los recursos del Estado no son infinitos, si las necesidades. Por ello deben distribuirse, alocarse y tratar las necesidades sociales más urgentes. Sin perjuicio de ello no deben desatenderse las instituciones, por ello el equilibrio en la tensión resulta fundamental.

Como pudimos relevar, los desafíos que presenta una reforma de dicho sistema son asombrosamente similares en diferentes

tradiciones legales, e incluso en países que se encuentran en diferentes instancias de desarrollo socioeconómico. En general, las instituciones se muestran conservadoras, pero en el caso de las asociadas a temas jurídicos poseen connotaciones más profundas, ya que las reglas de su funcionamiento y legitimidad están muy relacionadas. Consecuencia de ello es un disímil tiempo de respuesta a los cambios y nuevas exigencias.

En la región se transitaron diversas etapas en los ciclos de estas reformas. En un primer momento predominó un enfoque mecanicista, caracterizado por la introducción de una serie de medidas particulares, dirigidas a resolver problemas específicos de producción. Seguidamente, se instaló un enfoque sistémico o técnico-institucional donde se consideraba que las disfuncionalidades tenían relación con un conjunto integrado y relacionado de prácticas, aspectos que requerían un tratamiento simultáneo.

La evolución de los paradigmas en la comprensión de los mecanismos de abordaje de las reformas del sistema de justicia genera instancias de aprendizaje y de mejoras acumulativas, donde se han puesto en crisis los objetivos mismos del sistema.

Así, entre nosotros existe una constante hacia paradigmas mecanicistas, donde se trabaja sobre el desempeño judicial mediante innovaciones aisladas que intentan importar soluciones introducidas anteriormente en Europa o en los Estados Unidos.

Ante ello, las reformas de los sistemas de justicia no se han mostrado como una tarea sencilla. La totalidad de los documentos relevados refiere como un factor clave la cultura organizacional y los intereses circundantes.

Esquematisando las propuestas y mejoras constatadas se desarrollan en los siguientes ámbitos:

1. Aspectos cuantitativos: inversión en infraestructura, tecnología, cubrir cargos vacantes y ampliación de la cantidad de magistrados. Esto implica hacer lo mismo en mayor cantidad.
2. Contención de los nuevos procesos judiciales: Creación de instancias de conciliación, mecanismo de arbitrajes, etc.

3. Flexibilización de los procedimientos: Tiene como objeto una mejora en los tiempos que insumen los procesos judiciales.

De este modo, resulta claro que nunca se ha propuesto un trabajo que se focalice en la cultura organizacional del sistema de administración de justicia. Como todo proceso, no se encuentra exento de complejidades, empero la visión vinculada con el incremento de recursos se ha mostrado como insuficiente.

En las capas más profundas del análisis puede encontrarse el debate sobre la definición misma de administración de justicia, las tensiones en conceptualarlo como un servicio más a cargo del Estado conllevan un debate sobre cómo debe realizarse, es decir si debe existir alguna orientación a los justiciables.

Todas estas variables del entorno explican las barreras para implementar reformas estructurales sobre el sistema de administración de justicia y si bien existe una cierta homogeneidad en las propuestas, no existe un consenso absoluto sobre las medidas que deberían implementarse e incluso no se registra una conceptualización uniforme sobre cómo medir el desempeño del sistema de modo tal de poder contrastarlo con el de los restantes países.

Tal es así que ni siquiera la bibliografía disponible ofrece una definición exacta y satisfactoria de qué es un buen sistema judicial, pues por lo general se confunden problemas de eficiencia y de justicia.

Otro aspecto que se menciona en los trabajos consultados es que las sociedades han encontrado maneras de convivir y obviar los sistemas de administración de justicia, de modo tal que termina siendo un servicio remanente. Sin embargo, en materia política, la región muestra una fuerte demanda de soluciones judiciales, que lamentablemente extienden sus efectos sobre los restantes fueros.

Por otro lado, la visión sobre sí misma que tienen los integrantes del sistema de administración de justicia juega un rol clave, toda vez que en general participan tanto en el diseño como en la ejecución de los programas de reforma. Así la

predominancia de los paradigmas tecnocráticos resulta conteste con la visión más tradicional de las judicaturas. Asimismo, Blair y Hansen (1994) descubrieron que la capacitación de los jueces, la mejora de los sistemas de administración y el suministro de computadoras y otros recursos para el poder judicial tuvieron poco impacto en los países donde faltaba un consenso para la reforma judicial.

Según los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, de Naciones Unidas, Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, la independencia judicial implica, entre otras cosas, que “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

Sin embargo, la doctrina especializada entiende que en clave democrática el valor de la independencia judicial ha pasado de ser un ideal deseable a un principio operacional no absoluto, dado que tal independencia encuentra ámbitos propios que claramente no aíslan a la función del mundo, y por ello se ha instalado la necesidad de compatibilizar la gestión y su control.

De este modo, uno de los principales desafíos que atraviesa el sistema de justicia es cómo compatibilizar su tradicional cosmovisión con las dinámicas exigencias sociales y con la necesidad de mostrar rendimientos cuantificables y contrastables. Es decir, ver a la administración de justicia como una institución que realiza el tratamiento de un disenso social que termina en un conflicto judicial dentro de una sociedad democrática.

El material relevado muestra que la actual organización de los sistemas de justicia en la región constituyen mayoritariamente

un típico ejemplo de sistematización de procesos pre-industrial. Es decir, su funcionamiento depende principalmente del rendimiento de los integrantes individualmente considerados, fincados en sistemas de control del tipo personal, donde la tecnología se desarrolla para escalar tales mecanismos y no para generar un impacto cualitativo. En general conceptos como flujo de trabajo, rendimiento, productividad y eficiencia resultan exorbitantes a la praxis tribunalicia diaria. De allí que las soluciones que se incorporan en los programas de reformas tiendan a tratar de ampliar el alcance de los procesos bajo este sistema de gestión y no en modificar la estructura del proceso en sí mismo considerado.

Por ello luce lógico que también exista una suerte de similitud sustancial en el tipo de medidas sugeridas para mejorar el desempeño individual y organizacional.

En efecto las mejoras de presupuestos y salarios, los incrementos de personal, la mejora de equipos e infraestructura, las mejoras legislativas para los procesos; la reorganización judicial que incluye tanto la eliminación y la adición de jurisdicciones especiales; la capacitación; la implementación adopción de prácticas y técnicas modernas de administración en los juzgados individuales y en todo el sistema y la implementación de sistemas de resolución de conflictos paralelos al sistema judicial, aparecen como propuestas homogéneas en los diversos programas de reforma del sistema.

Por otro lado, en la actualidad, la tarea de resolver conflictos bajo nuestros sistemas de administración de justicia se encuentra bajo importantes tensiones operativas, dado que se ha incrementado exponencialmente el ingreso de casos al sistema y se ha profundizado a su vez también la diversidad y complejidad de éstos. Por ello las soluciones cuantitativas tendientes a trabajar sobre los cuellos de botella, ya sea ampliando la cantidad de estaciones o mejorando los tiempos de respuesta, constituyen meros paliativos transitorios.

Así se constató que en América Latina se han venido produciendo experiencias que en su afán de racionalizar los

procedimientos y funciones de los despachos judiciales, han buscado separar las funciones meramente administrativas de las jurisdiccionales en las numerosas actividades operativas, ello con el objetivo de racionalizar funciones. Tales esfuerzos resultan importantes, pero nuevamente se encuentran dentro de la lógica propia del paradigma vigente.

De modo independiente, quizás puedan realizarse unas primeras aproximaciones a ciertas diferencias sutiles en cómo operan los sistemas de justicia en las tradiciones del Common Law y continental, y a su vez con la consideración del sistema de control de constitucionalidad.

Existen ciertos matices en cuando a la definición y al alcance del principio de independencia judicial, extremo que posee un impacto en el rol que se le asigna a los integrantes de dicho sistema en materia de diseñar e implementar los cambios y reformas.

Así puede preliminarmente observarse que en los Estados Unidos el Poder Legislativo ocasionalmente ordena reformas pero el Poder Judicial es el encargado de su implementación, siendo un claro ejemplo de ello el curso del desarrollo del Federal Judicial Center. Por otro lado, en los sistemas continentales con tradición del Código Civil, donde se percibe una rama judicial menos independiente y a menudo más penetrada por lo político, se otorgó prioridad con frecuencia a la injerencia del Poder Ejecutivo. Ello ha generado tensiones en los sistemas latinoamericanos, donde existe la aspiración histórica e idealizada de la rama judicial con una autonomía semejante a la norteamericana, y a una larga tradición de fuerte intervención del Poder Ejecutivo en los asuntos judiciales.

Lo propio parece acontecer en materia de selección de magistrados, donde en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado cobran preponderancia criterios meritocráticos por sobre controles políticos, sin perjuicio de no existir pleno consenso sobre cómo definir ese factor. Así en los Estados Unidos no existen reparos procedimentales para sostener

como mecanismo de legitimación democrática una selección política de los magistrados a nivel federal, a tal punto que ello constituye materia de seguimiento cuantificable. Empero en el Reino Unido se ha trabajado fuertemente en fomentar una integración diversa de los magistrados, siempre prevaleciendo una selección basada en méritos de los candidatos.

Por su parte, en América Latina la selección de jueces de tribunales de las instancias jurisdiccionales inferiores a las Cortes Supremas ha sido tradicionalmente una decisión basada en cuotas políticas por parte de los poderes legislativos y ejecutivos, o las cortes supremas.

En algunos países se encargó a las Cortes Supremas manejar su propio proceso de selección, siempre y cuando no se involucrara en asuntos políticos. Esta fórmula promovió tanto niveles más altos de profesionalismo judicial como carreras judiciales más predecibles, pero también aumentó el formalismo jurídico, el aislamiento institucional y la tendencia, por parte de los jueces de tribunales inferiores, de formular sus decisiones para agradar a sus superiores inmediatos (Hammergren, 2002).

Por eso, dentro del paquete de reformas destinadas a fortalecer la independencia judicial se encuentra la figura de los Consejo de las Judicatura o Consejo de la Magistratura. Estas instituciones tienen su origen en un modelo europeo, diseñado para reducir el control político, frecuentemente ejercido por el Ministerio de Justicia, sobre la rama judicial. La introducción del modelo del consejo en América Latina fue acompañada por la promesa de que el establecimiento de esta institución sería el mecanismo idóneo para despolitizar el proceso de selección de jueces, garantizar la selección de jueces mejor calificados y aumentar así la independencia judicial (Hammergren, 2002).

A diferencia de los países que adoptaron este modelo en Europa, en la mayoría de países latinoamericanos, la Corte Suprema –además de ser el tribunal jurisdiccional de última instancia– tenía tradicionalmente la responsabilidad del gobierno judicial, incluyendo la selección de otros jueces.

Paralelamente, en varios países ha habido intentos de suprimir o limitar las funciones de estas instituciones, tanto por parte de los poderes políticos como por parte de la Corte Suprema. Los dos consejos más antiguos de América Latina fueron intervenidos por el poder político.

En Venezuela en 1999 se suprimió el Consejo como ente independiente y en Perú, el régimen de Alberto Fujimori no permitió al Consejo de la Magistratura ejercer sus funciones durante varios años –lo que provocó la renuncia de sus miembros en protesta– y estableció otro órgano para escoger jueces provisionales o interinos, quienes terminaron siendo mayoría en la judicatura, aun en los niveles más altos. En Colombia, el presidente Álvaro Uribe ha propuesto suprimir el Consejo Superior de la Judicatura, a pesar de que es uno de los consejos en la región, que ha logrado más avances en la administración del poder judicial (Hammergren, 2002). Por otra parte, se ha criticado a los consejos de Argentina y Bolivia por tardar mucho en la selección judicial y por su manejo de acciones disciplinarias (Popkin, 2002: 14-15).

En algunos casos, la composición del Consejo ha sido altamente política, con cuotas de poder para distintos sectores que muchas veces representan a partidos políticos. Si, en cambio, el Poder Judicial domina el Consejo, hay un riesgo real hacia una tendencia corporativa de favorecer los intereses de los jueces, pero no de mejorar los servicios judiciales para la sociedad en conjunto.

Por su parte, las críticas a los Consejos tienen distintas raíces: luchas de poder, ya que el control de los nombramientos, de la carrera judicial y de la administración judicial implican aspectos de poder; denuncias de politización partidaria o corrupción; acusaciones de ser excesivamente burocráticos; y señalamientos de no haber mejorado los problemas por los cuales fueron establecidos.

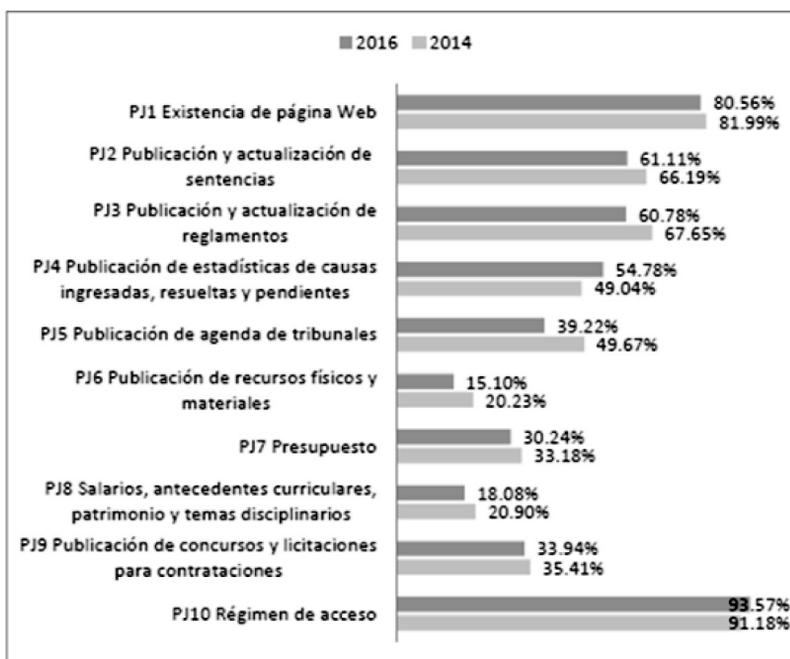
Lo cierto es que, entre nosotros, los resultados relevamos muestran preliminarmente que el sistema de selección encarado por el Consejo de la Magistratura, pese al tiempo que insume,

no termina asegurando la selección del magistrado con mejor desempeño en el examen técnico, ni a los candidatos con una mayor valoración de su experiencia profesional. Tampoco parece orientado a la diversidad, ya que resulta mejorable la participación de candidatos ajenos al sistema judicial y no están previstos mecanismos para su fomento.

Un aspecto complementario es la relación entre el funcionamiento de los sistemas de justicia y la accesibilidad a la información resultante, en particular a la disponibilidad en web de la misma. Al respecto la Décima Versión del Índice de Accesibilidad a la Información Judicial en Internet elaborado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el año 2017 muestra resultados muy interesantes.

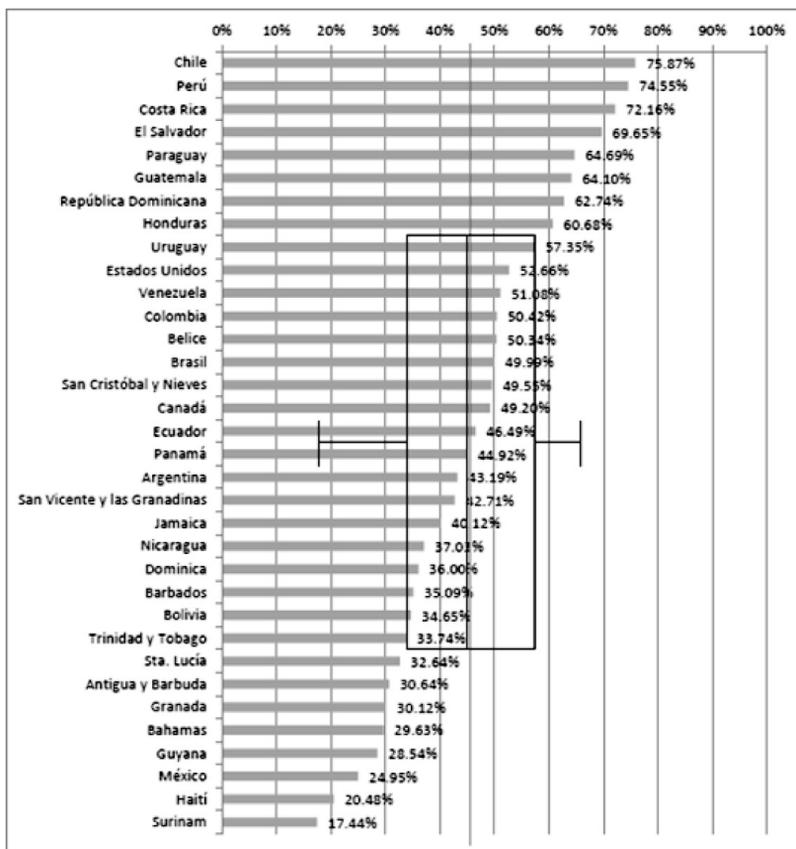
Particularmente en el caso de los Poderes Judiciales fueron consideradas diez categorías que son: PJ1) la existencia de una página web y sus características informacionales básicas; PJ2) La publicación y actualización de las sentencias de las diferentes cortes que componen el Poder Judicial; PJ3) La publicación y actualidad de los reglamentos institucionales; PJ4) La publicación de las estadísticas de funcionamiento de la institución, principalmente de relativa al manejo de la causas, la constancia y actualidad con que esto se desarrolla; PJ5) La publicación de la agenda de los diferentes tribunales; PJ6) La publicación de los recursos con que cuenta la institución, tanto físicos como materiales y humanos; PJ7) La publicación del presupuesto dispuesto y su ejecución del año en curso y anteriores; PJ8) La publicación de información respecto a los funcionarios de diversos rangos, como el salario, currículum, patrimonio y temas disciplinarios; PJ9) La publicación de los concursos y licitaciones que haga la institución; y finalmente, PJ10) El régimen de acceso en la página, que refiere a qué tan público y universal es el acceso a esta y su información.

En el siguiente gráfico vemos estas diez categorías con sus resultados comparativos entre la aplicación actual (azul) y la novena versión del año 2014 (celeste).



Paralelamente, se ha realizado un seguimiento del comportamiento de cada uno de los países a partir de la asignación originaria de puntajes para las categorías a efectos de seguir su evolución.

En el siguiente gráfico podemos ver los puntajes en barras y orden descendiente, en relación al máximo posible de 100%. La línea naranja muestra el promedio. Sobre el gráfico de barras se dibuja el gráfico de cajas y bigotes, que nos enseña en su caja los valores respecto al 25%, 50% y el 75% de los casos. Mientras que en sus “bigotes” se ven los valores mínimo y máximo, mostrando que tan extremo pueden ser estos. La diferencia entre el 25% (primer cuartil), y el 75% (tercer cuartil) es lo que se conoce como rango intercuartílico, mientras que la distancia de la línea mediana respecto de las laterales de la caja nos dice que tan normalmente se distribuyen los datos, donde se esperaría para una distribución normal que la línea del medio estuviese lo más centrada posible.



Más allá de la metodología de estos trabajos internacionales y su permeabilidad a las idiosincrasias, la homogeneidad de estas comparaciones nos permiten observar la situación de nuestro sistema de administración de justicia en la materia, y tomar conciencia de todo el camino que nos resta por recorrer.

IX. Conclusiones preliminares

La reforma judicial forma parte de la agenda política de la mayoría de los países de América Latina. Este fenómeno, que cobra un nuevo impulso en la década de los ochenta, se ha convertido en una necesidad indiscutible.

Los sistemas judiciales varían de un país a otro según el ordenamiento constitucional y contexto político, sobre el contenido sustantivo de las leyes, sobre la capacidad de las instituciones y en la solidez de los cimientos del Estado de Derecho. Pero varios temas comunes emergen en la mayoría de los esfuerzos para reformar los sistemas de administración de justicia: eficiencia, calidad y equidad. Un sistema de justicia efectivo y accesible debe proporcionar justicia e imparcialidad para los litigantes a un costo y velocidad razonables, de manera transparente, receptiva y con la mayor certeza posible.

Las reformas a los sistemas de administración de justicia acontecidas en Latinoamérica han despertado el interés de investigadores, centrando sus estudios en el impacto de dichas reformas en la “independencia” misma del sistema, enfocándose en el análisis del contenido cualitativo formal, o bien en los “productos” o los resultados de su implementación.

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

El análisis comparativo entre países se muestra como una herramienta eficaz para evaluar el éxito y el impacto de los esfuerzos de reforma, para lecciones de destilación y experiencia, y para evaluar enfoques a tales reformas y medición de la efectividad de diversas modalidades para cumplirlas. Pero existe el problema estructural que afecta la casi totalidad de judicaturas de nuestra región, que consiste en la ausencia de información de lo que pasa al interior de los sistemas de administración de justicia, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

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

Frente a fenómenos como la globalización y la internacionalización de la economía, las normas jurídicas y el sistema de justicia deben mostrar su capacidad para asimilar y afrontar esas nuevas realidades.

Resulta incuestionable que los diferentes procesos de reforma institucional en curso en la región latinoamericana ya comienzan a resaltar la importancia del vínculo entre el fortalecimiento de los sistemas de administración de justicia y la promoción de la inversión y el crecimiento en la región.

De este modo se impulsa una incorporación más activa en el diálogo sobre la reforma del sistema de administración de justicia y se introducen las variables del análisis económico a las estrategias de dicha reforma, en procura de mostrar las relaciones existentes y entre el fortalecimiento del Estado de Derecho y la eficiencia en las economías de mercado. Para ello se incentiva un enfoque interdisciplinario a ser aplicado a los temas judiciales que facilite el acceso de quienes desde la sociedad civil y desde el sector privado buscan aproximarse a las nuevas realidades de la justicia en América Latina.

El enclave de esto no debería hallarse en un ritmo disruptivo de reforma, sino en una guía para los constantes procesos evolutivos, trabajando sobre el perfil de los magistrados, dotándolos de las herramientas necesarias para el cumplimiento de funciones que complementan las tradicionales jurídicas, a la par que exista mayor información sobre el desempeño cuantitativo esperable para el cumplimiento de sus funciones, con el claro objetivo de preservar la independencia judicial.

X. Bibliografía consultada

Arancibia, Milton J. (2002). “La selección, formación, promoción y régimen disciplinario de los jueces en Chile”, Conferencia ofrecida en el 3º Congreso de Administración de Justicia, realizado por el Centro de Estudios Judiciários, 5 y 6 de diciembre, auditorio del Conselho da Justiça Federal, Brasília-DF.

- Bailyn, Bernard (1967). *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press.
- Baker, John H. (2002). *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford.
- Bellomo, Manlio (1995). *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, Catholic University of America Press, Washington, DC.
- Bianchi, Alberto B. (1999). *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional*, El Derecho, Buenos Aires, Universitas.
- Constitución y Administración (una relación tensa y compleja) (2004) El Derecho, Universitas.
- (1991). La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la Emergencia Económica La Ley, Buenos Aires.
- (1990). “El estado de sitio económico” en *Revista del Colegio de Abogados*, t. 50, Mayo, Buenos Aires.
- (2001/2002) *Un repaso a los últimos veinte años en el derecho constitucional*, EDCO, Buenos Aires.
- (2019) “Un estudio comparativo de los tribunales federales en los Estados Unidos y en la Argentina”, en *La Ley*, 2019-B, publicado el día 22/4/19.
- Blackstone, William (1765-1769). *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford.
- Blair, Harry y Hansen, Gary (1994). *Weighing in on the Scales of Justice: Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, Program and Operations Assessment Report N° 7,. U.S. Agency for International Development, Washington, D.C..
- Bondy, William (1896). *The Separation of Governmental Powers. In History, in Theory and in the Constitution*, Columbia College, New York.
- Caenegem, Raoul C. van (1997) *The Birth of The Common Law*, 2° Ed., Cambridge University Press, Cambridge.
- Carrillo Flórez, Francisco (2002) *Los retos de la Reforma de la Justicia en América Latina*, recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti2.htm>
- Castelar Pinheiro, Armando (Sin año) *Costos ocultos de la ineficiencia judicial: conceptos generales y estimativos para el Brasil*

(OEA), Final Report, Tinker Foundation, Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicos de Sao Paulo. recuperado en <http://www.oas.org/Jurídico/spanish/adjusti3.htm>

- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2005). *La reforma a la justicia civil en Inglaterra y Gales*, Información recopilada por Carolina Villadiego y Carolina Piñeiro, Informes.
- (2017) *10º Versión Índice de Accesibilidad a la Información judicial en Internet* (IACC), Chile.
- Clark, David S. (2011). *Comparative Law in Colonial British America*, American Journal of Comparative Law 59, N° 3, Inglaterra.
- (2005). *Establishing Comparative Law in the United States: The First Fifty Years*, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 4, Nueva York.
- Clarke, Bruce M. y Reagan, Robert T. (2002). *Redistricting Litigation An Overview of Legal, Statistical, and Case-Management Issues*, Federal Judicial Center. Nueva York.
- Dakolias, María (1999). *Court Performance around the World: A comparative perspective*, World Bank Technical paper N° 430.
- Davis, William (1997). “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en *La economía política de la reforma judicial*, Ed. Carrillo, Fernando, Informe del BID, Washington.
- Dicey, Albert V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Reprint, Originalmente publicado, 8° ed., Mcmillan, London.
- Domingo, Pilar y Sieder, Rachel (2001). *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Institute for Latin American Studies, University of London, London.
- Farrand, Max (1911). *The Records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 1, Yale University Press, London.
- (1913). *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, London.
- Friedman, Barry, The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, Yale Law Journal, Vol. N° 112, Issue 2 Yale Law Journal Article 1, 2002.
- Gallo, Orlando J. (2017). “ Las funciones políticas y las funciones jurídicas del poder” en *En torno a la crisis de la división de*

- poderes en el constitucionalismo contemporáneo*, El Derecho, T° 161, Buenos Aires.
- Giles, Micheal W., Hettinger, Virginia A. y Peppers, Todd, Picking Federal Judges (2001). *A Note on Policy and Partisan Selection Agenda*, Political Research Quarterly, Vol. 54, No. 3, pág. 623 a 641, Nueva York.
- González Navarro (1987). *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona.
- Gordon, Scott (1999). *Controlling the state: constitutionalism from ancient Athens to today*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, England.
- Gould, David M. y Gruben, William C. (1996). *The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth*, Journal of Development Economics, Vol. 48, No. 2, march, 1996.
- Guerra, Luis López (1999) *La experiencia española de reforma judicial: el libro blanco de la justicia*, recuperado en <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjust18.htm>
- Hamilton, Alexander, Madison, James, Jay, John (2005). *The federalist*, Hackett Publishing Company, Inc., Cambridge, Indianapolis, 2005.
- Hammergren, Linn (2002). *Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, Carnegie Endowment for International Peace, Working Papers, Rule of Law Series, No. 26, Washington D.C., 2002.
- (1999). *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*, en *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 1999.
- Herzog, Tamar (2018). *A short history of European Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2018.
- Hobbes, Thomas (1965). *Leviathan*, Reprinted Edition 1651, Clarendon Press, Oxford, London, 1965.
- Huntington, Samuel P. (1994). *La tercera ola – La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1994.
- Inclán, Silvia y Inclán, María (2005). *Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado*, Revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Vol. 12, Núm. 26, México, 2005.

- Judicial Appointments Commission (2017). *Statistics Bulletin, Judicial Selection and Recommendations for Appointment*, Official Statistics, 1 April 2016 to 31 March 2017, Published 1 June 2017.
- (2011). *Statistical digest of judicial appointments of Solicitors in England and Wales from 1998-99 to 2008-09*, Prepared by the Equality and Fair Treatment Team (Judicial
- (2011). *Appointments Commission and Justice Statistics Analytical Services*, Ministry of Justice.
- Lambert, Edouard (2010) *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Ed. Tecnos, traducción y adaptación de Félix de la Fuente, México.
- Langbein, John H., Lettow Lerner, Renée y Smith, Bruce P. (2009). *History of the Common Law. The development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, New York.
- Levy, Brian y Spiller, Pablo T. (1993). *Regulation, Institutions and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies*, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics.
- Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel (2018). *Cómo mueren las democracias*, Ed. Ariel, 1º Ed., Trad. G. Deza Guil, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Linares Quintana, Segundo V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2da. edición, Plus Ultra, Buenos Aires,.
- Loewenstein, Karl, (1964), *Teoría de la constitución*, Ed. Ariel, Barcelona.
- Lorizio, Marilene y Gurrieria, Antonia Rosa (2014). *Efficiency of Justice and Economic Systems*, Innovation and Society 2013 Conference, IES, 2013, Procedia Economics and Finance 17, 104-112.
- Lovatón Palacios, David (2018). *Sistema de justicia en el Perú: Para entender la reforma constitucional y el referéndum*, Justicia en las Américas, Blog de la Fundación para el Debido Proceso, octubre 4.
- Mairal, Héctor A. (1984). *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, 1 ed., Buenos Aires.

- (2000) *Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino*, en AAVV, Estudios sobre derecho administrativo II, EIDA, Buenos Aires, pág. 41 y ss.
 - (2000) *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, en El Derecho, Universitas, Buenos Aires, Volumen 180, págs. 849 a 857.
 - (2000) *Estados Unidos, hoy*, en *Anales de la academia nacional de ciencias morales y políticas* (Buenos Aires), Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Volumen: XLIII-I, págs. 25 a 54.
 - (2000) *Renacimiento del derecho administrativo comparado*, en Pozo Gowland, Héctor, dir. [et al.], Procedimiento administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2012, Volumen II, 1a ed., págs. 949 a 957.
 - (2005) *La degradación del derecho público argentino*, en El Derecho Administrativo de la emergencia, Miljiker, María Eva; Scheibler, Guillermo; y ot. coord., Fundación de Derecho Administrativo, 1a ed., Buenos Aires..
- Maitland, Frederic W. (1909). *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, England.
- (1901) *English Law and the Renaissance* (The Rede Lecture for 1901), Cambridge, Cambridge University Press.
- Mansfield, Edwin (1994). *Intellectual property protection, foreign direct investment, and technology transfer*, International Finance Corporation discussion paper, no. IFD 19*IFC working paper series, The World Bank, Washington, D.C..
- McIlwain, Charles H. (1947). *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- Messik, Richard E. (1999). *Judicial Reform and Economic Development. A Survey of the Issues*, en The World Bank Observer, N° 14, págs. 117 a 136, Washington, DC.
- Naím, Moisés (1994). *Latin America: The Second Stage of Reform*, Journal of Democracy, Johns Hopkins University Press, Volume 5, Number 4, págs. 32 a 48, October.
- Nieto, Alejandro (2010). *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, 1° ed., Trotta.
- (2005) *El desgobierno judicial*, 3ª ed., Trotta.

- Oliver, Lisi (2002). *The beginnings of the English Law*, University of Toronto Press, Toronto.
- Palazzo, Eugenio L. (2003). *Breves cronologías del constitucionalismo y del federalismo: tiempos paralelos*, en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, *El Derecho*, Volumen, págs. 534 a 553.
- Pinello, Daniel R. (1999) *Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis*, *The Justice System Journal*, Vol. 20, N° 3, págs. 219 a 254, January.
- Plucknett, Theodore F.T (2010). *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., Little, Brown and Co., Boston, 1956. Versión consultada: ed. Liberty Fund Inc., Indianapolis.
- Polibio, Historias, Trad. M. Balasch Recort (2000) *Obras completas*, Biblioteca Clásica Gredos, Ed. Gredos, Madrid, España.
- Pocock, John G.A. (1957). *The Ancient Constitution and the Feudal Law: English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Pollock, Frederick, and Maitland, Frederic W. (1898). *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, reprinted in 1911, 1923 and 1952.
- Popkin, Margaret (2004). Fortalecer la independencia judicial, en *La experiencia latinoamericana en reforma de la justicia*, ed. Luis Pásara, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México y Instituto de Defensa Legal, Perú.
- Pritchett, C. Herman (2014). *The Roosevelt Court, A study in judicial politics and values, 1937-1947*, Classics of Law & Society, Quid Pro, LLC.
- Rachlinski, Jeffrey J. and Wistrich, Andrew J. (2017). *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, 13 Annual, Review of Law and Social Science, Cornell Law Faculty Publications.
- Ross, Alf (1963). *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires.
- Rowat, Malcolm (1997). *Reforma judicial en América Latina y el Caribe: procedimientos de la Conferencia del Banco Mundial: extractos*, Editado por Malcolm Rowat, Waleed H. Malik, y María Dakolias, World Bank Technical Paper N° 280s, Abril.

- Ruger, Theodore W. (2004). *The judicial appointment power of the chief justice*, Faculty Scholarship at Penn Law, 7 U. Pa. J. Const. L. 341.
- Ryterman, Randi, Hendley, Kathyn, Ickes, Barry y Murrell, Peter (1996) *The Reach of Law into the Enterprise in Transition*, Informe Banco Mundial, mayo-junio.
- Santamaria Pastor, Juan A. (2001) *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- Scully, Gerald W. (1988). *The institutional framework and economic development*, Journal of Political Economy Vol. 96, N° 3, págs. 652 a 662, The University of Chicago Press.
- Sherwood, Robert M., Shepherd, Geoffrey y de Souza, Celso Marcos (1994). *Judicial Systems and Economic Performance*, The Quarterly Review of Economics and Finance, Vol. 34, summer.
- Stewart, Dugald (1795). "Account of the Life and Writings of Adam Smith", en *Essays on Philosophical Subjects*, Printed for T. Cadell, jun. and W. Davies, London,. En repositorio de New York Public Library.
- Stidham, Ronald, Carp, Robert A. y Rowland, C. K. (1984). "Patterns of Presidential Influence on the Federal District Courts: An Analysis of the Appointment Process", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 14, No. 4, Campaign '84: The Contest for National Leadership (Part Four).
- Tawil, Guido Santiago (1993). *Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Depalma, 1a ed., Buenos Aires.
- Trubek, David M. (1972). *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, Paper 4001, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository.
- Voigt, Stefan (1999). *Explaining constitutional change: a positive economics approach*, Edward Elgar Publishing Inc., Massachusetts.
- Voigt, Stefan y Bjørnskov, Christian (2015). *The Determinants of Emergency Constitutions*, University of Hamburg and CESifo, Munich, November.

- Voigt, Stefan y Gutmann, Jerg (2018). *Is Judicial Independence Good for Business?*, Institute of Law & Economics, Johnsallee 35, Hamburg, Germany,.
- Wheeler, Russell (1988). *Empirical research and the politics of judicial administration: creating the federal judicial center*, 51 *Law and Contemporary Problems* 31-53, Summer.
- (2003). *A New Judge's Introduction to Federal Judicial Administration*, Federal Judicial Center.
- Williamson, Oliver E. (1995). *The Institutions and Governance of Economic Development and Reform*, Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1994, en Michael Bruno and Boris Pleskovic eds., Washington D.C.

DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA



Partir

volver a respirar el aire que viene del océano
tenderse en la línea del horizonte adonde
van a dar todos los barcos

cuesta
cerrar con llave las casas de antes
prender fuego al montón de preguntas
rescatar del incendio algo que se fue por error

duele
deshuesar el refugio de las pertenencias
y los objetos
abandonar la tibieza.

Autora: Norma Etcheverry

Arte de la portada: **Antonela Torretta**
(diseño y edición digital)

Palabras de presentación del número diez de la Revista Derechos en Acción

*E. Raúl Zaffaroni*¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 711-721

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e323>

Queridas amigas amigos... me gusta hablar parado pero tener este aparato en la mano va a ser un inconveniente.

Realmente el número diez de esta revista es un milagro. Ya podríamos decir que se trata de un clásico. Que una revista jurídica dure diez números, con este volumen, con este trabajo -alguna idea tengo de lo que significa este trabajo- no solo intelectual sino el trabajo material.

Hoy en día las revistas jurídicas las editoriales las publican como publicidad...no como fuente de recursos...si detrás de una revista hay una empresa prácticamente sabemos que la vida es corta, uno o dos ejemplares y terminó la revista. Y están pasando cosas raras en el mundo académico, con lo cual tenemos que tener cuidado...cosas realmente extrañas. De repente una revista pide artículos que ofrece la página de la revista pero al mismo tiempo que uno le mande 300 o 400 dólares. Hay cosas extrañas.

Hay producción en serie, producción para curricular en algunos países de nuestra región se pagan las ediciones de libros, que no sé si los escriben los autores que aparecen en las ediciones. Porque hoy más de 100 páginas son un libro y menos

¹ Profesor de Derechos Penal de la Universidad de Buenos Aires. Ex convencional constituyente en la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de 100 páginas es un folleto. Entonces el libro tiene 110 páginas y hay sellos editoriales que venden su sello con tal de que se les pague la edición. Con que se les pague la edición se consideran satisfechos, después todo lo que vendan puede ser ganancia.

Estas cosas están opacando la función de la academia, la función de la investigación se confunden investigaciones con trabajos de esta naturaleza y realmente cuando uno ve una producción de esta calidad no está todo perdido, todo lo otro sí, sabemos que hay negocio detrás (¡pero de repente uno ve cosas como estas y le sube el ánimo!), que hay excursiones pretendidamente académicas, sabemos que hay quienes organizan viajes turísticos con alguna conferencia para después firmar papelitos. En fin, toda esa miseria toda esa mezquindad que se está generando en torno de lo académico. Pero de repente uno ve una cosa de estas. Y realmente sí, los felicito por el esfuerzo... y los felicito también por el título "*Derechos en Acción*". ¿Y la acción qué puede ser en materia de derechos? Y... la acción no puede ser otra cosa que lucha. La acción en derecho es lucha. No se puede ser neutral en esto, en materia de derecho siempre se es partisano de alguna manera. Esto que decía ya, el propio sistematizador de la dogmática Jurídica, lo decía, Rudolph Von Ihering. Nada menos que el sistematizador de las reglas de la dogmática. Las había sistematizado en el derecho privado, con analogías con la química, etc. Y en su última etapa terminó diciendo el derecho es lucha (*Der Kampf ums Recht*).

Si, los derechos se consiguen luchando, pero hay algunos que los heredan como algunos heredan la fortuna de los padres que la hicieron, de los abuelos y como no la lucharon la subestiman y la despilfarran.

Y en nuestra región, en el Sur (no el sur geográfico porque también sabemos que en el norte hay un Sur, aunque sean distintos, y en el Sur también hay un pequeño Norte). Pero desde la perspectiva del Sur, la lucha debe ser más clara y más decidida, tenemos que tener las ideas más claras. A veces no las tenemos.

Recién se acordaba el Decano, de una discusión de hace unos cuantos años... ¿Dónde está el dolo? Efectivamente, lo que se estaba subestimando era una cuestión de construcción jurídica desde una teoría del conocimiento.

En lo personal, siempre me había chocado la acción un tanto deletérea de todas las teorías del conocimiento idealistas en el campo del derecho. Y fundamentalmente, me chocaba o no podía entender, la metodología neokantiana básicamente la idea de que el mundo existe pero es caótico y es el valor el que lo tiene que ordenar. Cuando uno les preguntaba a los neokantianos ¿qué es el valor? Y decían “los valores no son, los valores valen”. La pregunta siguiente era ¿Para quién valen? Y generalmente valen para el poder, claro. Eso era algo que me hacía ruido siempre, y si efectivamente, cuando en aquél momento no estábamos discutiendo dónde estaba el dolo, lo que estábamos discutiendo era: el neokatismo o el realismo, en definitiva era eso lo que discutíamos.

Welzel, en definitiva, era un conservador democristiano, no un hombre del pensamiento de la reconstrucción alemana de la época inmediatamente posterior a la Segunda Guerra, de modo que se había ido para el lado Aristotélico y recuperaba, la teoría por él llamada “*de las estructuras lógicas reales*” ¿qué quería decir? quería decir que el derecho tiene límites y la invención de conceptos jurídicos no es libre. Si, los valores se pueden elegir, perfecto, qué es lo bueno qué es lo malo, se puede elegir. Pero cuando se designa a un ente el derecho tiene que respetar la estructura óptica del ente según el orden al que pertenezca: zoológico, geográfico, biológico, económico, etc.

Cuando tengo que graficar, lo he escrito varias veces, disculpen quienes me han escuchado decirlo (lo reitero siempre), digo que no está prohibido que el derecho invente el lobo jurídico, la vaca jurídica y a la vaca jurídica la defina como un perro negro que aulla en la estepa. Si fenómeno, lo que pasa es que va a mandar al juez a ordeñar al lobo – con todas las consecuencias que va a tener para el juez-, nosotros hacemos saber jurídico

¿para qué? tiene unos objetivos prácticos, queremos bajarle línea a los jueces. La aspiración es que eso se convierta en jurisprudencia, se convierta en decisiones de jueces, ¿y las decisiones de los jueces qué son? Son sentencias, y las sentencias ¿qué son? Son actos de gobierno, son actos de gobierno de la polis. Sin lugar a dudas... “Ah...no hay un poder que es apolítico” ¿pero qué me estas diciendo? Cómo va a haber un ejercicio de poder, una rama de gobierno de la polis que sea apolítica... podrá ser apartidista, pero “apolítica” no puede ser nunca. ¿Por qué? porque es una rama de gobierno que ejerce actos de gobierno, con algunas particularidades técnicas, sí... perfecto, pero son actos de gobierno y son actos políticos. De modo que cada proyecto dogmático que hacemos en el campo del derecho, es un proyecto político.

Un proyecto político no se puede hacer sin tomar en cuenta los datos de la realidad social, es inevitable. De la realidad social es inevitable... de la realidad social, económica, política, etc. de una sociedad, sino un programa político que no toma en cuenta eso o es un programa esquizofrénico o es un programa suicida directamente. Y sí, me fui convenciendo realmente de que la metodología idealista la metodología neokantiana, la percepción del mundo como un desorden que sólo ordena el valor, el valor puede ordenar lo que le da la gana y dejar fuera lo que le da la gana (incluso aunque deje afuera varios millones de muertos como en la Segunda Guerra Mundial) esto realmente no funciona.

Vivimos una ciencia jurídica, un saber jurídico, si quieren llámenle ciencia, no importa – después de todo la definición de ciencia también depende del poder-. Vivimos un saber jurídico importado en gran medida. Nuestro saber jurídico se ha nutrido originariamente, sí, del derecho constitucional norteamericano por un lado, y el resto del derecho lo importamos de Europa y tuvimos contradicciones enormes porque fijense que trajimos las doctrinas Europas a nuestro Rio de La plata (en la segunda mitad del siglo XIX, y a lo largo de casi todo el siglo

pasado). Pero, en tanto que nosotros por haber copiado y mal copiado – y también arruinado en gran medida- la constitución de Estados Únicos, y aunque sea teóricamente tener control de constitucionalidad. Importamos las teorías jurídicas de una Europa que no conocía el control de constitucionalidad.

Es decir, formalmente – por lo menos- nosotros tenemos una estructura de estado constitucional de derecho y trajimos nuestras doctrinas jurídicas de Estados legales de derecho –alguien ha dicho, quizá exagerando un poco la nota- que Europa no tuvo derecho constitucional hasta la última Posguerra, que sólo tenía derecho administrativo (es un poco exagerado, pero en gran medida es cierto).

Es verdad, los tribunales constitucionales europeos, si bien tienen algunos antecedentes en la época de entreguerras, lo tuvo la Constitución de Austria de Kelsen de 1921, etc. Pero muy poquitos, realmente el control de constitucionalidad de Europa, se desarrolla con los tribunales constitucionales de poder. Y algunos países que todavía no lo tienen, y tienen el control previo – los que son más o menos tributarios del Código Napoleón-. Inglaterra tampoco lo tiene, por supuesto, el Tribunal Europeo hace un sucedáneo el control de constitucionalidad, por un control de convencionalidad.

Y eso produjo cierta contradicción en nuestra labor jurídica. Hemos dado un exceso de valor ritual a la ley infraconstitucionalidad. Y nos hemos olvidado, muchas veces de la necesidad de hacer valer predominantemente la norma constitucional, *ha habido un exceso de respeto ritual por la ley infraconstitucional en desmedro del valor de la norma constitucional*. Y cuando eso sucede, nos encontramos con impunidad en la violación del derecho o retrocesos en la acción o la lucha por el derecho.

Creo que debemos estar muy atentos cuando se redacta una constitución – y en eso estar muy alertas- de que no sólo no es suficiente, sino que puede resultar absurda la consagración de derechos en la constitución, si al mismo tiempo *no se establece una estructura de poder que haga factible la exigibilidad de los*

derechos que se establecen en la constitución porque de lo contrario eso se convierte en una burla, es decir es una manifestación e buena voluntad que queda librada al deseo del señor de turno.

Creo que en gran medida nos ha pasado eso, en alguna medida hemos descuidado la estructura judicial, hemos descuidado poner más atención en la estructura de nuestro poder judicial. Y poner más atención en la importancia de nuestro control de constitucionalidad. Hoy tenemos un control de constitucionalidad muy débil, muy frágil y al mismo tiempo tenemos una estructura del Poder Judicial, absolutamente absurda. Gran parte de las dificultades que estamos teniendo son resultado de esto, es decir de una mala programación constitucional del Poder Judicial.

Esta importación de teorías, de doctrinas de Europa, se ha ido cubriendo con el manto de la simplicidad, es decir traemos doctrinas jurídicas importadas y las consagramos como ciencia neutral, políticamente neutral, ideológicamente neutral. Es decir, nos convertimos en científicos a través de una pretendida neutralidad ideológica y política. Y en eso, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, en que la física había tomado una fuerza enorme en la vida cotidiana por las consecuencias que había, la energía nuclear etc. Cundió por todo los saberes lo que se llamaba *fisicalismo*. Cualquier ciencia debía tener una estructura análoga a la de la física, nosotros también la inventamos, una estructura análoga de la física – por supuesto que eso nos va a dar a los juristas la condición de científicos y nos permitía sentarnos en los consejos universitarios al lado de los cultores de las ciencias duras, etc-.

Pero en la realidad de los hechos es que de ninguna manera las teoría que traíamos de esos países habían sido, ideológicamente asépticas, apolíticas, etc. Sino que por el contrario, habían nacido conforme a las circunstancias de cada sociedad en cada uno de sus momentos históricos.

La pretensión de científicidad nos jugó una mala pasada – y en alguna medida nos la sigue jugando hasta hoy-, tramos

doctrinas, teorías, construcciones dogmáticas importadas, como si fueran construcciones técnicas en las que las posteriores van superando tecnológicamente a las anteriores.

Yo me dedico al derecho penal – como ustedes saben, a esa ciencia exótica- y lo veo esto con una claridad tremenda, la dogmática penal ha tenido un desarrollo enorme, y hemos venido importando de Alemania teorías como si trajésemos los sucesivos modelos de la Volkswagen (tiene mejores frenos, mejor calefacción, aire acondicionado, etc.). Pero nunca se nos ocurrió preguntarnos cuándo los alemanes habían inventado alguna de esas construcciones dogmáticas, y en realidad si... discutíamos dónde estaba el dolo. Pero ¿y por qué? a veces estaba por decirle a los estudiantes, ustedes van a abrir un libro y se van a encontrar con una serie de nombres alemanes en el medio y van a decir ¿qué diablos tiene esto? Y esto que pasa acá pasa en toda América Latina – no les digo España, que directamente está colonizada por la teoría Alemana-. Pero en América Latina pasa, cualquier país (puede ser Méjico, Ecuador, puede ser Brasil, nosotros, Paraguay).

¿Pero qué tiene que ver Alemania con América Latina? Bueno, hay una explicación de esto por qué las trajimos, fue mucho más dramático en el derecho penal que en otras ramas del saber jurídico. Porque nuestro derecho penal se nutrió, durante décadas, y diría que hasta mediados del siglo pasado se nutrió de lo que se llamó *positivismo criminológico*.

Positivismo criminológico, no es nada más ni nada menos que racismo – reduccionismo biologista y racismo- es decir una atribución de etiología biológica, por inferioridad biológica al crimen; el crimen no era objeto de estudio, el objeto de estudio era el criminal, porque era un bicho diferente – inferior a todo el resto de la población-. Naturalmente El más taquillero de todos estos autores era Lombroso, pero no era Lombroso sólo. En aquél momento en Europa, prácticamente lo sostenía todo el mundo. Es decir, que lo que los Europeos sostenían era que en medio de ellos -la raza superior-, de repente, alguien nacía con

características de colonizado – las razas inferiores colonizadas: africanoides o mongoloides). Porque la filogenia y la ontogenia, resume la filogenia, entonces nacían “mal terminados” (sin el último golpe que tienen los civilizados).

Esto que no era más que el marco jurídico del spencerianismo, lo importan –lo importamos- en América Latina, se traduce en la práctica, en un acuerdo de corporaciones: La policía –que es una corporación relativamente nueva... todos piensan que la policía existió siempre (como la milanesa con papa fritas), no... la policía aparece a fines del siglo XVIII a comienzos del siglo XIX, hasta entonces no existía. Pero va tomando forma como un proceso de concentración urbana europeo, se concentra en las ciudades riqueza, se concentra miseria, todo eso es una situación explosiva y los europeos llevan la táctica de ocupación policial territorial de la colonia, la llevan a la metrópoli y empiezan a controlar a los colonizados de los suburbios de la metrópoli con la misma institución que controlaba a la colonia – *una colonia no es más que un inmenso campo de ocupación policial territorial, no es otra cosa*-.

Los suburbios, las grandes urbes metropolitanas europeas empiezan a ser controlados de la misma manera, pero la policía no tiene discurso y un poder sin discurso no se mantiene. *Todo poder necesitar ser legitimado por un discurso*. Alguien dijo que los que están en el poder necesitan soldados, pero también necesitan aguardiente, chicharrón y también el discurso. El discurso se lo facilita una corporación – que tenía muchas ganas de apropiarse de la cuestión penal- pero no habían tenido la oportunidad: los médicos. Entonces se hace una simbiosis entre los médicos y la policía, y son los médicos policiales, los médicos forenses los que empiezan a hablar del criminal nato y todas esas cosas. Todo ese racismo llega a América Latina, empalma muy bien con la ideología spenceriana de todas nuestras oligarquías del momento de las repúblicas oligárquicas del momento de las repúblicas oligárquicas es recibido con gloria, y todo este saber jurídico penal domina hasta mediados del siglo pasado. En realidad, en el siglo pasado había habido varios gobiernos

populares que habían debilitado bastante a nuestras oligarquías vernáculas. Y después de la Segunda Guerra Mundial, ya tan racistamente nadie hablaba, aunque seguían pensándolo pero sabían que no lo debían decir. En consecuencia el discurso se derrumbaba por todos lados. Y bueno, los penalistas dijeron ¿dónde vamos a buscar a algo nuevo porque nos quedamos sin base? Y van a Alemania – que es dónde está más desarrollado, más elaborado- y desde entonces empezamos a traer todas las teorías alemanas que ahora citamos, y las tramos dramáticamente como si fueran neturas - y no son neutras, no son neutras para nada-.

Trajimos, lo que llamaban el causalismo, si ¿y qué autor trajimos? Y trajimos a un señor Edmund Mezger ¿quién fue Edmund Mezger? Fue el teórico neokantiano que justificó las peores leyes del nazismo. Trajimos después a Welzel –si, ya al dolo lo cambiamos...si- , pero ¿quién era Welzel? ¿y por qué hacía eso? Lo hacía porque era la época de Konrad Adenauer, se sanciona la Constitución de 1949, pero también se podía bajar de nuevo la constitución – no había Tratados de Derechos Humanos-, entonces Welzel dice... no un momento acá tiene que haber un límite al legislador, el legislador no puede inventar cualquier cosa, por eso se va para el lado del realismo para ponerle un cierto límite y acotar la arbitrariedad del legislador penal.

Ahora se pone de moda Claus Roxin, por ejemplo, que es un neokantiano liberal, si...está bien ¿Pero qué representa ideológicamente? Produjo escritos a lo largo de muchos años, y después hace su tratado juntando trabajos parciales que había hecho y arma el Tratado completo por el 2000, pero lo venía trabajando 30 años antes. Es el ideólogo de la Alemania post reconstrucción, de la Alemania Social Demócrata, de la época de Willy Brandt. Él había trabajado en el Proyecto Alternativo Alemán, que por cierto sostiene... cuidado “fíjense que por la elevación del nivel de vida estamos suprimiendo las causas del delito” en consecuencia el delito es causa residual y ese delito residual es resultado – más bien- de causas individuales, y entonces hace un sistema vicariante que permite reemplazar

pena por medida de seguridad y tratamiento porque el delito es predominantemente resultado de factores individuales. Esta es una ideología propia de los años 70, 80 de Alemania, de Willy Brandt, la Alemania Social Demócrata.

Y después viene la reunificación Alemana, se vuelve la capital a Berlín, se termina con la República Democrática Alemana, y eso coincide con la caída del muro. Y eso permite una cierta migración de Europa Oriental hacia Alemania, países muy pobres de Europa Oriental – rumanos, etc.- que le causa una alarma tremenda a los alemanes que se asustan y entonces viene una explicación de tipo funcionalista de Günter Jakobs. Nada de esto – bueno o malo, cada uno tendrá sus ideas- es políticamente aséptico, somos nosotros que le quitamos el contenido, lo despolitizamos al traerlo. Entonces ha llegado el momento de pensar – en esto como en otras tantas cosas- dejémonos de copiar a los alemanes, imitemos a los alemanes. Hagamos construcciones dogmáticas teniendo en cuenta nuestra realidad social es como hacer un puente. Para hacer un puente vamos a contratar a los mejores ingenieros, lo mejor que haya para hacer el puente pero ¿Dónde hay que hacer el puente? ¿Para qué sirve el puente? Y ¿Qué capacidad debe tener? Eso lo decidimos nosotros. Esa es la cuestión frente a la que nos encontramos en este momento, es decir la construcción de un derecho, y una dogmática... construir un sistema., la constitución de un sistema viene desde antes que Rudolph Von Ihering sistematizara el método. En definitiva desde que empezaron los estudios de derecho en Italia desde hace 1000 años, que empezaron a teorizar nuestros bisabuelos. El espíritu del sistema estaba, lo que uno quiere es construir un sistema del cual se puedan deducir decisiones coherentes, decisiones coherentes, eso no lo podemos olvidar, no lo podemos evitar. Cuidado, dejar de lado la construcción de sistema, dejar de lado la dogmática, significa caer en el romanticismo. El romanticismo es muy tentador, es sumamente tentador. Si yo me pusiera en este momento a decir mirando fijo a la televisión *“dejémonos de lado estas cosas, estos libros antiguos, y de leer*

alemanes y vayamos a ver lo que es el sentimiento del gaucho y del hombre que trabaja con la herramienta” -debe haber unos cuantos idiotas que me aplauden... no me caben dudas-, estoy entrando a la irracionalidad, estoy abriendo un campo de arbitrariedad que no voy a poder cerrar nunca.

La dogmática – el método-, es el único método que nos puede proveer cierta racionalidad en la contención del poder punitivo, en la solución de conflictos... sí. Pero siempre y cuando seremos racionales, y seremos eficaces en la solución de conflictos, en la medida en que tengamos en cuenta realidad social en dónde se desarrollan los conflictos y en dónde se ejerce el poder punitivo. Cuando perdemos eso de vista, lamentablemente nos perdemos en una dogmática que solo sirve para legitimar en el mejor de los casos *actitudes burocráticas de los jueces*, en el peor de los casos *el lawfare*.

Celebrar el décimo número de una revista de esta naturaleza y que se llama Derechos en Acción es decir, lucha por el derecho, es altísimamente estimulante. Efectivamente, lo es.

Es un momento de regresión de derechos humanos, es un momento de regresión de la política, el poder ya no lo tienen los políticos, el poder lo tienen corporaciones transnacionales. Generar sociedades con un 30% de incluidos y un 70% de excluidos, tiene consecuencias sumamente particulares que no podemos dejar de tener en cuenta cuando utilizamos el derecho.

SECCIÓN ESPECIAL
ACTUALIDAD JURÍDICA EN CUBA



Vigilia

nadie duerme ahora y la palabra
continúa
alrededor de mí
nada que hacer con esta mente y este cuerpo
distráidos del mundo.

Autora: *Norma Etcheverry*

Arte de la portada: *Micaela Chirico*
(*diseño y edición digital*)

Evento Anual de las Sociedades Científicas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba

La vía de lesividad administrativa: utopía vs. realidad en el ordenamiento jurídico cubano

*Dra.C. Grethel Arias Gayoso*¹ | Universidad de Oriente

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 725-758

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e325>

I. A modo de introducción: iniciando la reflexión

Cuando se piensa en el actuar de la Administración Pública la referencia más inmediata que acude es la relacionada el poder de una persona cuyas decisiones emergen con la presunción de validez que determina, en el destinatario del acto, la obligatoriedad de su cumplimiento, previo, incluso, a cualquier reclamación. De tal manera se alza la Administración Pública como un sujeto tan intenso que no precisa demostrar que suxs declaraciones de voluntad, deseo, conocimiento o juicio (usando los términos con que describiera ZANNOBINI² al acto administrativo) son menos que obligatorias. Por supuesto, la percepción del ejercicio de potestad que subyace en su nacimiento, contribuye a esta concepción; así como otros muchos elementos heredados de aquella Administración decimonónica y omnímoda. Pese a ello, el Derecho Público contemporáneo, y sus constantes

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular de Derecho Administrativo, (UO).

² Guido ZANOBINI, *Curso de Derecho administrativo*, Volumen I, *Parte General*. Trad. de la 5ta. Edición italiana por Héctor MASNATTA y actualizada con la 6ta edición por Francisco Humberto PICONE, Ediciones ARAYU, Buenos Aires, 1954, p. 412.

mutaciones, inclina el eje hacia el fortalecimiento del interés público representado y gestionado por la Administración, y hacia la figura de un administrado cada vez menos pasivo en sus relaciones con el sujeto administrativo.

Si bien, el interés privado debe inclinar su “bandera” ante la preponderancia de valoración de un interés público; también para la Administración resulta impensable defender otro interés que no sea el público. De esta coyuntura, y bajo ella, emerge la noción de la lesividad administrativa, una institución que cuestiona los cimientos de ejecutividad del acto administrativo ante la afectación a un interés público. Una institución que permite humanizar a la Administración Pública, demostrando que sus facultades para evaluar lo verdaderamente conveniente al interés público han de ser superiores a la aplicación mecánica y ortodoxa de su voluntad.

Sin embargo, la realidad jurídico administrativa cubana no ofrece rasgos que nos indiquen – más que el su reconocimiento normativo –, que es la lesividad una vía para confiarle a la Administración la protección del interés público por encima de sus declaraciones anteriores de voluntad. Parecería como si la Administración, entronizada en sus decisiones, fuese incapaz de reconocer que sus actos, bajo determinadas circunstancias no previstas al momento de emitirlos, puedan tornarse lesivos, y sea preciso recabar sobre los mismos en nombre de la garantía absoluta de proteger el interés público.

Bajo estas ideas iniciales se enfocan estas líneas, representadas por el ideal de convertir a la Administración Pública cubana en una Administración cada vez más eficiente y funcional.

II. La lesividad administrativa: de su construcción teórica. Una mirada necesaria al acto administrativo

Como ya se ha introducido, la idea de la lesividad y su instrumentación procesal, constituyen una garantía en su máxima extensión. No sólo para los derechos de los administrados, pues se limita así la posibilidad de que la Administración revoque sus

actos por sí misma y con ello afecte los intereses privados de los administrados; sino también para el interés público y con él, la preservación de un orden en el que incide más lo general, lo de todos, que el interés personal. A su llamado acuden dos principios generales para sostener su necesidad: los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

Es indudable que el proceso de lesividad imposibilita que se violente el espacio jurídico de los administrados y constituye a su vez un remedio procesal ante los actos de la Administración que atenten contra el interés público que debe primar en cada decisión administrativa; lo que incide de forma positiva en el perfeccionamiento de la actividad de la Administración Pública.

Sin lugar a dudas, la institución primaria que destaca en cualquier acercamiento a la lesividad, es el acto administrativo. Sin una declaración de voluntad previa es imposible pensar en una afectación posterior.

En tal sentido afirmamos que el acto administrativo desde su nacimiento se presume válido, y, una vez notificado se presume legítimo, pues emana de las potestades de orden público que tiene la Administración y que persigue el interés general; además posee fuerza vinculante para la persona a quien va dirigido. El acto administrativo goza también de estabilidad, ya que forma parte del ordenamiento jurídico y de las instituciones administrativas porque confieren derechos, establecen obligaciones y regulan la relación existente entre la Administración Pública y los administrados. De ahí que el autor José GASCÓN Y MARÍN, refiera que el acto administrativo tiene varios caracteres como son la legitimidad, oportunidad, ejecutoriedad y revocabilidad³, a lo cual añadiríamos la ejecutividad que deriva, presumida, de la propia legitimidad del acto administrativo.

En la concurrencia de vicios atinentes a los elementos del acto y su posible y futura determinación de revocación,

³ GASCÓN Y MARÍN citado por Pedro CARRILLO, "La ejecutoriedad del acto administrativo" en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1945, p. 871.

concurren, en términos de Manuel María DIEZ, tanto por motivos de legitimidad como por causas de mérito, aludiendo que en el caso de la primera, la revocación afecta a los actos que nacieron válidos y que luego por las causas supervinientes⁴, conviene retirarlos del mundo jurídico; y en el supuesto de la revocación por razones de mérito, se refiere al retiro del acto por la existencia de nuevas circunstancias de hecho o por apreciación del interés general.

Además de ser entendida la revocación como un modo de extinción del acto administrativo, ha sido estudiada como parte de la revisión de oficio que puede realizar tanto la propia Administración Pública como el órgano jurisdiccional competente, entendida ésta como el *genus*, el género común del que podemos diferenciar posteriormente dos especies o variedades, a saber, la revocación de actos administrativos y la anulación de actos administrativos, en este último caso a su vez por causa de nulidad o de anulabilidad.⁵

Entre la revocación y la anulación existen diferencias marcadas por las realidades diversas que poseen. Esa diversidad o diferenciación se alcanza con plenas garantías atendiendo verdaderamente al fundamento de la revocación, como expresara GARRIDO FALLA, esto es, basar todo el edificio revocatorio o anulatorio, según proceda, en un criterio objetivo donde los conceptos clave que adquieren todo el protagonismo son los de oportunidad e ilegalidad del acto. De este modo y atendiendo exclusivamente a su sentido originario más estricto, cuando la extinción o eliminación del acto se reconduce a simples motivos de oportunidad, incompatibilidad con el interés público, conveniencia administrativa o incluso por causas de mérito, ese supuesto constituye una indubitada revocación; mientras que si la eliminación del acto trae causa de su presunta ilegalidad, no

⁴ Estas causas pueden ser consecuencia de una modificación de las normas legales que torne inválido el acto que había nacido válido.

⁵ Antonio FORTES MARTÍN, "Estudio sobre la Revocación de los actos administrativos", en *Revista de Derecho* Vol. XIX-No. 1-Julio 2006, pp. 151-152.

queda otro remedio que calificar ese caso como de anulación, o invalidación.

Por otra parte, produciéndose la revocación del acto favorable por una u otra vía, la acción revocatoria debe llevar aparejado el reconocimiento de la indemnización procedente en la persona que sufre los rigores de la revocación. La indemnización opera así como un instrumento garantista y resarcitorio por la lesión patrimonial sufrida, incluso en aquellas posturas doctrinales que estiman que verdaderamente, y en lugar de un supuesto de revocación, se produce una auténtica expropiación de derechos.

La revocabilidad de los actos administrativos es una de sus características que constituye un privilegio para la Administración, sin embargo no todos los actos administrativos pueden ser revocados y en especial no son revocables por razones de legitimidad o conveniencia los actos que han engendrado derechos subjetivos⁶. ZANOBINI⁷ sostiene que es necesario que el derecho subjetivo sea perfecto para que el acto no pueda revocarse. Son revocables los actos que atribuyen un derecho condicionado de los que surgen, intereses protegidos ocasionalmente, ya que estos derechos e intereses no podrían estar en conflicto con el interés público.

La irrevocabilidad de los actos administrativos que crean derechos subjetivos está dada según la doctrina⁸ por dos cuestiones

⁶ El derecho subjetivo es la posibilidad de exigir de otro el que obre o se abstenga de hacerlo, este existe tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado, el Derecho Subjetivo público es una consecuencia de las relaciones jurídicas que suelen crearse entre el Estado y los particulares. Los derechos subjetivos pueden ser afectados por la ley cuando esta posee efectos retroactivos porque así lo demandan razones de carácter social y son incompatibles con la realidad que nos ofrece cualquier Estado moderno.

⁷ Citado por Manuel María DIEZ, *El acto...*, ob. cit., p. 331.

⁸ Antonio FORTES MARTÍN, "Estudio sobre la Revocación..." ob. cit., pp. 151 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *Revista de Administración Pública*, No.1, Enero-Abril, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 109 y ss.; Laureano LÓPEZ RODO, "Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra sus propios actos" en *Revista de Administración Pública*, No. 9, Septiembre-Diciembre 1952, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 26 y ss.; Allan

esenciales, la primera de ellas es el principio del *non venire contra factum proprium* (nadie puede ir en contra de sus propios actos) y la segunda es la trascendencia que posee un acto administrativo que reconozca derechos subjetivos.

La Administración Pública, como sujeto colectivo, está integrado por multitud de órganos con personalidad jurídica, colocados en distintos planos jerárquicos y de los cuales emanen actos imputables al sujeto colectivo que serán considerados actos propios. No obstante, lo anteriormente expuesto, no implica que cada órgano no cuente con independencia en su actividad administrativa y por ello cada acto que realice en su marco competencial será denominado acto propio de ese órgano en específico y no de otro que igualmente pertenezca a la Administración Pública. De ahí que la regla general siga siendo la que prohíbe la impugnación de los actos de otro órgano del mismo sujeto colectivo.

Como ya hemos planteado, cada órgano posee una jerarquía interna en virtud de la cual los actos realizados por el superior jerárquico tienen la consideración de actos propios para el inferior, lo que implica que deben siempre ser respetados por el subordinado. Basado en tal motivo, el autor JORDANA DE POZAS⁹ incluye entre los casos de irrevocabilidad de los actos administrativos el de haber sido confirmados por el superior, la confirmación de la autoridad superior impide al inferior volverse contra el acto primitivo.

Es por ello que la clave de la potestad revocatoria de la Administración se encuentra en la tensión que se origina entre,

Randolph, BREWER CARÍAS, "Comentarios sobre la Revocación de los actos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, No. 4, Caracas, 1980, p. 28-30.; LÓPEZ DE HARO, "Los actos propios y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho Privado*, 1913, pp. 18 y 19; Puic BRUTAU, Actos propios, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, editor. Barcelona, 1950, pp. 348- 351.; Adolfo MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 14.; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad" en *Revista de Administración Pública*, No. 20, Mayo-Agosto, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 69 y ss.

⁹ Luis JORDANA DE POZAS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1924, p. 59.

por un lado, el interés público a la modificación o revocación de la situación existente y, de otro lado, la seguridad jurídica del particular al mantenimiento de su *status quo* intangible, aspecto este que, tradicionalmente, se ha venido sustentando en el ya mencionado principio de irrevocabilidad de los actos y que parece encontrar también un importante asidero en la llamada confianza legítima generada por la Administración Pública.

Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos¹⁰ que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones jurídicas favorables del destinatario del acto administrativo. Pero no por ello la Administración queda atada a la irrevocabilidad, sino que cuando el interés público reclama una rectificación, puede acudir al órgano judicial para que anule el acto lesivo. Por lo que puede anticiparse que el fin último de la revocación de todo acto administrativo vendrá determinado por una motivación externa traducida en un interés público; interés público que sirve de fundamento a la revocación y que puede responder o no a las mismas razones de interés público que tuvo en cuenta inicialmente la Administración para dictar el acto cuya revocación ahora pretende.

La consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad, y la dinamicidad que le imprime a su quehacer esta interacción es clave para su funcionalidad. La noción de interés general es fundamento y límite de las potestades administrativas; éstas no existen más que en la medida que determina el interés general. El interés general constituye, pues, la medida de los poderes de la Administración.

¹⁰ Nos referimos a los principios de legalidad, irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios derechos y seguridad jurídica; el primero de estos encaminado a mantener el orden legal de los actos cuando han nacido con todos los requerimientos necesario para surtir los efectos para los que fue dictado; mientras que la irrevocabilidad de los actos administrativos impide a la Administración Pública revocar un acto que goza de validez y por ende es legítimo y legal; y por último el principio de seguridad jurídica le impide a la Administración Pública actuar a su libre albedrío, sino que, debe solicitar la revocación de sus actos mediante el mecanismo legalmente establecido y ante la autoridad competente para ello.

La Administración Pública, como ya hemos expresado, no puede revocar por sí misma los actos mediante los cuales se hayan creado derechos subjetivos a particulares; por lo cual está obligada a acudir a la vía contenciosa administrativa para solicitar a éste órgano la revocación de su propio acto, bajo el criterio de que es lesivo al interés público representa. Ahora bien, esta potestad discrecional que ostenta la Administración Pública para declarar perjudicial al interés público un acto o contrato administrativo es un requisito para el ejercicio de la acción revocatoria ante los tribunales competentes.

La potestad de declarar lesivo un acto administrativo es de carácter discrecional y está conferido a la Administración para proteger los intereses públicos, esta potestad solo admite aquellas restricciones expresamente establecidas por la Ley para garantía y seguridad del interés particular.

En el conflicto de un interés particular frente al interés público, debe hallarse una fórmula, que sin detrimento sustancial del interés privado y sin desprecio de lo justo, permita dar preferencia y satisfacción al interés general; de ahí que, la Administración pueda discrecionalmente declarar lesivo al interés público un acto administrativo sin ejercitar esta potestad de modo arbitrario o abusivo al interés del particular, que goza de protección jurídica, sino que su ejercicio debe inspirarse siempre en las razones de conveniencia pública en que se fundamenta esta potestad.

Para que un acto administrativo sea declarado lesivo se requiere que haya causado estado. El hecho de causar estado ha sido en muchas ocasiones confundido con la firmeza del acto, así como con las denominadas resoluciones definitivas. Causan estado, según Manuel BUSTELO VÁZQUEZ, “las resoluciones de la administración cuando no sean susceptibles de recurso en la vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella o hagan imposible su continuación”.¹¹

¹¹ Manuel BUSTELO VÁZQUEZ, ob.cit., p. 44

El mismo autor refiere que la revocación es un acto de voluntad y solo puede verificarse por la misma voluntad que le dio origen, por lo que: “nadie puede apreciar mejor que ella si un acto o negocio resulta lesivo a sus intereses”.¹²

La declaración de lesividad es un trámite inexcusable para el ejercicio del recurso de lesividad; su finalidad es, precisamente, la de autorizar la admisión y trámite del correspondiente recurso. En realidad, el fundamento de la referida declaración está en que, siendo el proceso de lesividad excepcional, se quiere asegurar que la Administración, antes de iniciarle, está convencida de la lesión, obligándola a dictar formalmente tal declaración.

En relación a la existencia del proceso contencioso de lesividad se han construido varias tendencias, por contradecir en sí mismo el principio general de que *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos*, aspecto que resulta de vital importancia para la comprensión de esta institución.¹³

Uno de estos criterios se inclina por la no procedencia del recurso de lesividad, basado en que, a partir de la defensa de la Administración Pública sin sus injustificados privilegios, la misma no puede volver sobre sus propios actos, porque siendo en todo caso emanación de autoridad y debiendo acatarlos los administrados, que pueden hacer de ellos base de su actividad, sería una injusticia que se admitiese la posibilidad de deshacer lo hecho, quedando así en el aire la seguridad de los que al amparo de una resolución procedieron. Y si se cree necesario el volver sobre los actos declaratorios de derechos y, por tanto, irrevocables por la Administración, como ello representa una derogación legal, no debe tener la Administración otro medio que acudir a la fuente suprema de la autoridad.

FERNÁNDEZ MOURILLO¹⁴ defiende la existencia del proceso de lesividad y lo fundamenta como una excepción a la

¹² *Idem.*, p. 50.

¹³ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, 1ª ed. Tomo 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 129.

¹⁴ Exponente de esta postura es FERNÁNDEZ MOURILLO, *Lo contencioso...*, ob.cit., p. 55.

facultad que posee la Administración de actuar por sí y como una excepción al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos, al establecerse la posibilidad de la Administración de revocar sus propios actos. Además, argumenta que la imposibilidad de modificar por la propia Administración sus actos declaratorios de derechos sirve para equilibrar los intereses públicos con los particulares, brindándole mediante el proceso de lesividad mayores garantías al particular ante la posibilidad de que puedan privarse de sus efectos los actos emanados de la Administración; cuestión que sin dudas tendrá una mayor garantía con la intervención del órgano judicial competente. Esta intervención del órgano judicial como garantía para los administrados es el sustento del principio de seguridad jurídica.

El principio de respeto a los derechos adquiridos se erige así en barrera, la Administración no podrá revisar sus actos, cuando creen, declaren o reconozcan derechos a favor de terceros; sin embargo, en polo contrapuesto el interés público y su gestión por la Administración, obligando en pos de las exigencias de aquel interés general y la necesaria legitimidad del actuar administrativo, a que la Administración puede declarar sus propios actos lesivos al interés público, y solicitar su revisión.

II.a) Dos principios básicos para la comprensión de la lesividad: el non venire contra factum proprium y el principio de irrevocabilidad de los actos favorables en su derivación al principio de buena fe

Como ya se ha explicado, la existencia de la lesividad administrativa, responde, esencialmente a la necesidad de retirar del tráfico jurídico un acto que ha devenido en lesivo al interés público. Sin embargo, esta realidad se sustenta en la existencia de principios jurídicos que prevén la pertinaz toma de decisiones cuando se trata de situaciones en las que un acto administrativo constituye el epicentro de la discusión. No obstante, la situación que se genera es mucho más amplia. El principio del

non venire contra factum proprium no opera, exclusivamente, para las decisiones individuales, sino también para aquellas generadas mediante reglamentos; de lo que se trata, en realidad, es de aplicarlo en defensa de los derechos, sin recabar en la naturaleza de la decisión que genera la afectación¹⁵. Pese a ello, sus pasos se han reconducido a los términos actuales del principio de confianza legítima, cerrando para el *non venire* las posibilidades de alcance a la potestad reglamentaria; pues su cometido esencial es la validación de la congruencia entre actuaciones anteriores y posteriores.

Otro de los elementos significativos en cuanto a la aplicación del principio y en franca relación con la lesividad, como ya se ha referido, tiene que ver con el manto de aplicabilidad del mismo: ¿actos irregulares o actos eficaces? El recorrido tampoco ha sido uniforme, si bien ha tenido aplicabilidad para ambos supuestos, el surgimiento de técnicas como la revisión de oficio ha ido cercenando los espacios de aplicación al acto irregular y dejando terreno al acto eficaz. Así ha sido resumido “el *non venire* lo que pretendía precisamente era la continuidad del acto anterior, lícito o no, mientras que la revisión lo que pretende es exactamente lo contrario, su eliminación”¹⁶.

El segundo principio relacionado con el tema y de imprescindible revisión es el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos favorables, por el cual en líneas muy

¹⁵ Sin ahondar demasiado en el acto administrativo, porque para él es evidente la aplicación del principio, centrémonos en el particular de la norma jurídica; así queda referido “en el caso del efecto reflejo de las normas, la calificación jurídica de esta posición que se atribuye a un sujeto es distinta. Se trata solamente de una situación jurídica de ventaja o sujeción producida en dicho sujeto como consecuencia de la aceptación derivada del efecto que la norma o regla ha provocado en un determinado sujeto y ha generado un concreto estado que le permite de ahí meros intereses (...) y que derivadamente ha generado un estatus fáctico aceptado, que después ya se quiere que sea también aceptable jurídicamente”. José Eugenio SORIANO GARCÍA, “«*Non venire*» *contra factum proprium*. (Un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del Derecho)” en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (Dtor), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Editorial La Ley, grupo Wolters Kluwer, España, 2010, pp. 430 y 431.

¹⁶ *Idem*, pp. 432-433.

esquemáticas, se “veta a la Administración pública que ha dictado un acto o cuya inactividad ha dado lugar al nacimiento de un acto que favorece a uno o varios interesados bien al eliminarlo, de oficio, definitivamente, en todo o en parte, sea suprimiéndolo, sea substituyéndolo por otro, bien al instar su eliminación por la jurisdicción contencioso administrativa”.¹⁷

Por supuesto, este principio encuentra, en el interés público un límite objetivo, excepcionando en los casos de su afectación, sin que ello implique desprotección para el administrado a quien se le modificará su status.

Lo anteriormente expuesto queda como afluente para el reconocimiento de un principio que permite englobar las posibles situaciones generadas, y es que ambos descansan en el ideal de buena fe que da lugar a la idea general de la validez de los actos administrativos; y como referente para evaluar que, si una actuación inicial era aparentemente correcta, lícita y devenía en acto favorable al administrado, entonces sale a escena el *non venire*¹⁸.

III. El proceso de lesividad: de su instrumentación

La lesividad toma cuerpo y se instrumenta a partir de lo que se ha reconocido como la vía, el proceso o juicio de lesividad. Gustavo A. ESQUIVEL VÁZQUEZ, expresa que “el proceso o juicio de lesividad es el intentado por una autoridad administrativa dentro del proceso contencioso administrativo, con el propósito de anular una resolución favorable a un gobernado, que fue emitida de manera ilegal”.¹⁹

Andrés SERRA ROJAS, sostiene que “el procedimiento de lesividad en la doctrina administrativa es un procedimiento administrativo especial, iniciado por la Administración Pública

¹⁷ Marcos ALMEIDA CERREDA, “El principio de irrevocabilidad de los actos favorables”, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, ob.cit., p. 1106.

¹⁸ *Ibidem* p. 41.

¹⁹ Gustavo ESQUIVEL VÁZQUEZ, *El juicio de lesividad y otros estudios*, 1ª ed. Porrúa, México, 2002, p. 66.

para revocar o nulificar un acto administrativo dictado por la misma autoridad, por error o porque perjudique al fisco”.²⁰

El autor español Aurelio GUAITA define la lesividad administrativa como “un proceso administrativo especial, promovido por un sujeto jurídico- administrativo, en demanda de que se revoque un acto administrativo anterior de aquel mismo sujeto público”.²¹

Por su parte el autor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ cataloga al recurso de lesividad como: “Aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma”.²²

José Roberto DROMI CASAS manifiesta que: “La lesividad está reservada para los casos en que la «administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación» ... La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro”.²³

Alejandro NIETO, por su parte, sostiene que conforme a su terminología: “el concepto de lesividad administrativa está constituido por dos elementos: a) la lesión, como hecho en sí; b) la lesión, como violación jurídica; suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica, que debe hacerse por la propia Administración..., y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión con violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en el patrimonio, debe ser contraria a la Ley y, por tanto, antijurídica”.²⁴

²⁰ Andrés SERRA ROJAS, *Derecho Administrativo*, Segundo curso, 23ª ed. Porrúa, México, 2001, p. 831.

²¹ Aurelio GUAITA MARTORELL, *El proceso de lesividad*, 3ª ed. Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1980, p. 74.

²² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, ob.cit., p. 68.

²³ José Roberto DROMI CASAS, “Acción de lesividad” en *Revista de Administración Pública*, No. 88, Enero- Abril, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1979. pp. 209-210.

²⁴ Alejandro NIETO, “Lesividad y expropiación”, en *Revista de Administración Pública*, No. 36, Septiembre-Diciembre, Madrid, 1961, p. 132.

Como puede apreciarse, con sus matices, los criterios sobre el proceso, procedimiento, o recurso de lesividad, mantiene intangible la idea de la necesidad de revocación de un acto administrativo por la Administración que lo dictó. Las razones de revocación varían en los criterios doctrinales, pero en cualquier caso, subyace la idea de desconocer un derecho reconocido a un administrado. “Constituye, por un lado, una excepción a los principios característicos del régimen administrativo—dentro del cual la Administración goza del privilegio de actuar por sí las pretensiones— y por otro, una excepción a otro principio tradicional del Derecho administrativo—la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos—”.²⁵

Un elemento singular se añade para las razones del proceso: ¿se trata de un acto eficaz? ¿se refiere a un acto viciado? Sin dudas, bajo cualquiera de las posibles respuestas se trata de un acto que devino en lesivo al interés general. GARCÍA TREVIJANO²⁶ afirma que el proceso de lesividad ha quedado constreñido a los supuestos de lesiones económicas y vicios de oportunidad, pero en ambos casos sin ilegalidad.

En la doctrina cubana, ÁLVAREZ TABÍO, manifiesta que:

“(…) a virtud de la teoría de los actos propios, que constituye un principio cardinal de Derecho administrativo, constantemente sancionado por la jurisprudencia, la Administración no puede volver gubernativamente sobre sus propios actos. Pero como, por otra parte, sería absurdo mantener una situación ilegal, tan pronto la Administración descubre sus propios yerros, debe estar facultada para someter a revisión aquéllos actos que resulten perjudiciales a sus intereses”.²⁷

²⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “El proceso de lesividad” en *Revista de Administración Pública*, No. 25, Enero- Abril, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 128.

²⁶ Landelino LAVILLA ANSINA, “La revisión de oficio de los actos administrativos” en *Revista de Administración Pública* No. 34, Enero-abril, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 64.

²⁷ Fernando ÁLVAREZ TABÍO, “*El proceso Contencioso Administrativo Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*”, Librería Martí, La Habana, 1954, pp. 52-56.

Por otro lado, existen dos teorías que sustentan posturas diferentes sobre la eficacia del acto o negocio administrativo sometido a una declaración de lesividad: la primera de estas, conocida como *status quo* expone que la declaración de lesividad no modifica el estado de derecho creado por el acto declarado lesivo, si estaba en ejecución continuará ejecutándose y si estaba en suspenso continuará suspendido; la segunda nombrada *novatorio* se basa para su formulación en que al declararse lesivo un acto sus efectos se suspenden. La doctrina ha utilizado indistintamente ambos criterios, sin que exista un consenso para la implementación de uno o de otro, sin embargo, el criterio *novatorio* es utilizado con mayor frecuencia. En nuestro país, es este el criterio que prima basado en que la Administración Pública para la satisfacción del interés público no puede supeditarse a los intereses del particular de que se ejecute el acto declarado lesivo, y además porque la Administración goza del privilegio de presunción legalidad de sus actos y de previa ejecutoriedad de los mismos.

La Ley número 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en su artículo 666.2 establece:

2. la Administración contra su propia resolución firme que haya creado un derecho de carácter subjetivo, siempre que el órgano supremo de la jerarquía administrativa o el Comité Ejecutivo²⁸ del órgano provincial o municipal del Poder Popular de donde emanase aquélla haya declarado, en resolución fundada, que la misma es lesiva a los intereses públicos al objeto de impugnarla en la vía jurisdiccional. Esta declaración deberá hacerse dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha en que hubiera sido dictada la resolución.

Ninguno de los órganos inferiores podrá impugnar por sí mismo, las resoluciones de la Administración.

²⁸ Con la Ley de Reforma Constitucional de 1992 se crearon las Administraciones Locales que sustituyeron los Comités Ejecutivos de los órganos locales del Poder Popular.

A partir de este artículo se construye en nuestra norma adjetiva el denominado proceso de lesividad, donde la parte demandante siempre va a ser la Administración, quien en virtud del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos debe acudir a sede judicial para solicitar la revocación de una decisión que ella misma ha tomado, alegando para ello que, el acto realizado es contrario a los intereses públicos. En consecuencia, se erige como parte demandada en el proceso de lesividad “la persona que resultare beneficiada por la resolución declarada lesiva”,²⁹ pues le corresponde a la persona titular de la situación jurídica subjetiva reconocida en el acto impugnado, la defensa de sus intereses y del acto mismo.

En tal sentido el Tribunal Supremo Popular en la sentencia 527 de 31 de mayo de 2005, confirma que la declaración de lesividad es un presupuesto del ejercicio de la acción revocatoria, al señalar que: “ (...) en aras de los principios de estabilidad y seguridad jurídicas a la Administración no le es dable ir contra sus propias resoluciones firmes y ejecutorias, creadoras de derechos subjetivos, debiendo espetarlas si no acuda al proceso previo de lesividad, por tratarse de actos propios optativos firmes y consentidos(...)”³⁰.

Con un término bastante reducido (3 meses) para la declaración de lesividad, una vez realizada, la Administración cuenta para interponer la demanda con un plazo de 20 días contados a partir del día siguiente de haberse declarado lesiva a los intereses públicos la resolución impugnada; la demanda lleva como uno de los requisitos esenciales para su interposición, la presentación de una copia certificada de la resolución en que se haya hecho la declaración de lesividad.³¹

²⁹ Artículo 667.2, Ley No. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

³⁰ Citado por Benjamín MARCHECO ACUÑA, *El proceso administrativo cubano en los principios del siglo XXI, una nueva mirada a sus fundamentos jurídicos*. Editorial Académica española, Alemania, 2012, p. 55.

³¹ Artículo 675: Cuando sea la Administración la que demande contra su propio acto, deberá acompañar con el escrito de demanda, el expediente administrativo y una copia certificada de la resolución en la que se haya hecho la declaración de lesividad.

Resalta, como ya apuntábamos, el término para la declaración de lesividad, reducido no sólo desde una perspectiva comparada – en la que la mayoría de los ordenamientos establece entre 1 y 3 años para la declaración de lesividad – , sino también desde la objetividad de la vida cotidiana, en que muchas veces transcurre este término y aún el administrado no está en ejercicio de su derecho reconocido. En relación a si la Administración tiene la posibilidad de promover nueva declaración de lesividad sobre el mismo asunto ante la no formulación de la demanda dentro del plazo concedido para ello, nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, sigue la postura doctrinal de GONZÁLEZ PÉREZ, quien sostiene que: “cuando la declaración de lesividad es válida no puede repetirse, aunque al formularla distintas veces esté vigente el plazo (...) marcado en la ley, y... el término para presentar la demanda arranca de la mencionada declaración una vez adoptada en las debidas condiciones.”³²

III.a) Tratamiento práctico de la lesividad administrativa en Cuba

El tratamiento primario de la lesividad en nuestro ordenamiento jurídico, se corresponde, con las disposiciones que de España se hicieron extensivas a las provincias de Ultramar. El reconocimiento de la irrevocabilidad de los actos administrativos desde el siglo XIX, se extiende a la Isla por Real Orden de 31 de diciembre de 1876, donde se advertía que: “Es principio legal consignado en el art. 77 de la ley municipal que los acuerdos de los Ayuntamientos en materia de su exclusiva competencia son inmediatamente ejecutivos, salvo los recursos que la misma ley establece. Consecuencia lógica de este principio es que tales acuerdos no puedan revocarse por la Autoridad que los dicta mientras no adolezcan de vicio que los invalide, especialmente si por ello se hacen declaraciones de derechos que causen estado”³³.

³² GONZÁLEZ PÉREZ, “La declaración...”, ob. cit., p. 65.

³³ ALMEIDA CERREDA., ob.cit, pp. 1108-1109.

La jurisprudencia cubana en materia de lesividad administrativa, demuestra que dicho recurso fue muy utilizado a partir del siglo XX, ejemplo de ello constituyen un sin número de sentencias que abordaban este tema. La declaración de lesividad como requisito previo para la interposición ante los tribunales competentes del proceso de lesividad, a decir del autor cubano Manuel BUSTELO VÁZQUEZ, podía a la altura del año 1901 realizarse por la Administración central del Estado o por las administraciones provinciales y municipales³⁴; aspecto que a su vez permaneció invariable durante el período de aplicación de la Constitución de 1940.

La facultad de declarar la lesividad por la Administración central se reconoció por el derecho positivo cubano, en la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, según la cual el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo la Administración, será también de tres meses contados desde el día siguiente a la declaración por quien corresponda, de la lesividad de la resolución impugnada. Ello implica que dicha facultad no se encontraba atribuida a una autoridad determinada, sino que es el Presidente de la República, como autoridad máxima en orden administrativo, quien se encargaba de su ejercicio.

El artículo 6 del Reglamento del Procedimiento Contencioso Administrativo de 1889 se mantuvo implícito en la potestad del Presidente de la República en el artículo 142 inciso a) de la Constitución de 1940 y en, precepto constitucional que establecía:

“(…) Corresponde al Presidente de la República asistido del Consejo de Ministros, sancionar y promulgar las leyes, ejecutarlas y hacerlas ejecutar; dictar, cuando no lo hubiere hecho el Congreso, los reglamentos para la mejor ejecución de los mismos; cuando incumba al gobierno y administración del Estado, *fuere conveniente* sin contravenir en ningún caso, lo establecido en las leyes. Y el Reglamento del procedimiento Contencioso

³⁴ Aún en el año 1901, estaba en vigor la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES.

Administrativo determina que las resoluciones dictadas por un Secretario del Despacho no podrían ser reclamadas en vía contenciosa por Secretario de distinto Ramo; que tampoco podrían ser reclamadas por las Autoridades inferiores, ni por los particulares, cuando obran por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración.”³⁵

La Administración central, para declarar la lesividad de sus actos tenía que cumplir los siguientes requisitos o formalidades:

1. Debía dictarse un Decreto del Presidente de la República, el que a su vez debía estar refrendado por el Ministro del Ramo³⁶ correspondiente y con la visa del Primer Ministro.

2. Recaía sobre un acuerdo de la Comisión, y no sobre la resolución o el decreto de separación.

Según lo expresado por BUSTELO VÁZQUEZ, desde el punto de vista de la Administración, la rescisión por lesión constituye la revocación de un acto suyo, y ésta solo puede verificarse mediante un acto contrario de voluntad.

La Administración central podía declarar la lesividad de los actos realizados por la administración provincial y la municipal en los casos en que actuaba la primera como Delegado del propio Ejecutivo Nacional y en el segundo como agente del Poder Ejecutivo Nacional en el respectivo término municipal. Sin embargo, en materia contractual no sucedía lo mismo a tenor de lo previsto en el artículo 5° de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES³⁷, pues los contratos no tenían que ser objetos de declaración de lesividad.

³⁵ Artículo 142, inciso a) de la Constitución de 1940, citado por BUSTELO VÁZQUEZ, *La lesividad de los...*, ob. cit., p. 80.

³⁶ El Ministro del Ramo es aquel que haya dictado el acto que se declare lesivo, o el que sea superior jerárquico del funcionario que lo hubiese dictado, o el del Ministerio al que está adscrito el organismo de que el acto proceda, según BUSTELO VÁZQUEZ, *La lesividad de los...*, ob. cit., p. 81.

³⁷ La Administración activa tiene el derecho de adoptar en los contratos de servicios públicos las resoluciones que estime procedentes respecto a su cumplimiento, inteligencia,

De lo hasta aquí abordado, se concluye que en la Administración central la declaración de lesividad solo podía hacerse por el Presidente de la República dentro del año siguiente a la fecha de la resolución a que se refiere y una vez agotado este término sin declararse la lesividad de la resolución se consideraba firme y consentida.

La Administración provincial, por su parte, tenía la facultad de declarar la lesividad cuando:

“resultare perjudicial al interés de la Provincia algún contrato o acuerdo, el Consejo *podrá* declararlo lesivo, dentro del plazo de cinco años, aunque se haya creado derecho de tercero, pero deberá interponerse por el Gobernador de la Provincia en tiempo y forma, después de hecha la citada declaración, demanda contencioso administrativa, solicitando la rescisión, ante la audiencia correspondiente.”³⁸

La declaración de lesividad por los municipios, tenía al igual que en las provincias el mismo plazo de cinco años, aspecto que regula la Ley Orgánica de los Municipios, en su artículo 268 que estableció:

“cuando resulta perjudicial al interés del Municipio algún contrato municipal o algún acuerdo del Ayuntamiento, éste *podrá* declararlo lesivo dentro del plazo de cinco años, aunque exista derecho de tercero, deberá interponerse en tiempo y forma después de hecha la citada declaración, la demanda contencioso-administrativa, solicitando la rescisión ante la Audiencia de la Provincia correspondiente.”³⁹

rescisión y efectos, sin perjuicio de los recursos que pueden utilizar los interesados que estimen vulnerados sus derechos, puede lícitamente declarar la inexistencia legal del contrato celebrado para la construcción de una carretera.

³⁸ Véase artículo 120 de la Ley de las Provincias de 1908. Éste precepto se reprodujo en la Ley Provincial de 1950, específicamente en su artículo 115, aunque suprimió lo referente a la interposición de la demanda por el Gobernador de la provincia.

³⁹ BUSTELO VÁZQUEZ, *La lesividad de los...*, ob. cit., p. 88.

Solo podían declarar la lesividad de acuerdos o contratos de las esferas municipal y provincial, el Ayuntamiento y el Consejo Provincial respectivamente, lo que implicaba que siempre se realizara por el superior jerárquico.

La declaración de lesividad recaía sobre acuerdos del Ayuntamiento o sobre contrato celebrado por el Municipio. Los acuerdos del Ayuntamiento eran actos jurídicos que podían revestir índole legislativa o solo administrativa. La declaración de lesividad se caracterizó por su carácter general, con fuerza obligatoria objetiva dentro del territorio del Municipio, en ejercicio de las atribuciones que le señala el artículo 126 de la Ley Municipal y constituyeron actos administrativos cuando determinaban sobre una materia singular, declarando, reconociendo, modificando o extinguiendo derechos subjetivos. La declaración de lesividad solo recaía sobre los acuerdos que constituyeran actos administrativos, no sobre aquellos que se adoptaran para el ejercicio de las atribuciones que la ley confería al Ayuntamiento como órgano legislativo del Municipio, en estos últimos la revocación es libre.⁴⁰

Los contratos son actos bilaterales y no son susceptibles de revocación. Por Contrato municipal se entendió: “ (...) en el sentido de contrato administrativo celebrado por el Municipio

⁴⁰ Respecto a este tema el Tribunal Supremo se ha pronunciado mediante las sentencias 75 de 16 de enero, 103 de 21 de enero, 218 de 6 de febrero, 219 de 9 de febrero, 13 de febrero y 266 de 13 de febrero, todas de 1953, del modo que sigue:

“Como se ha declarado reiterada y razonadamente, a los fines de la impugnación que autoriza el artículo 217 de la Constitución respecto de acuerdo o resolución municipal, no se requiere no procede previa declaratoria de lesividad por parte del Presidente de la República, así como que el plazo de tres meses para la interposición del recurso no está subordinado a dicha declaratoria, por lo que basado en criterio contrario el motivo de casación, citándose como infringido el artículo séptimo de la Ley de lo Contencioso administrativo que no ampara la tesis de dicho motivo, resulta forzosa la desestimación del mismo”.

Tomado de Gustavo, RAMÍREZ OLIVELLA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso-administrativa*, Repertorio por orden alfabético de materias, de todas las decisiones del Tribunal Supremo de Cuba al resolver los recursos de casación, apelación y queja en la jurisdicción contencioso-administrativa, desde Enero de 1953 y hasta diciembre de 1957, ambos meses inclusive, Jesús Montero Editor, La Habana, 1958, p. 367.

como entidad o poder público, no comprendiendo los que el mismo pueda celebrar como persona jurídica, los cuales están excluidos de la vía contencioso administrativa.”⁴¹

Las resoluciones del Gobernador Provincial y las del Alcalde Municipal no constituían objeto de declaración de lesividad. Si lesionaba algún interés particular, el administrado que resultase afectado por ellas podía reaccionar por medio de los recursos que las leyes conceden, en caso contrario ni el Ayuntamiento, ni el Consejo provincial podría ejercer control sobre las mismas respecto al Alcalde y al Gobernador, respectivamente.

En relación con el momento en que comenzaba a decursar el plazo para establecer la declaración de lesividad en ambas instancias (municipal y provincial), el autor cubano Manuel BUSTELO VÁZQUEZ refiere que en el caso de los acuerdos el término comenzaba a correr a partir de que quedara válidamente manifestada la voluntad del órgano deliberante, por la concurrencia de los elementos materiales y formales que lo integran.⁴² Y en igual sentido se pronuncia en torno a los contratos administrativos, afirmando que el término corría desde que medían el consentimiento, el objeto y la causa, salvo, que, además, la ley exija como esencial alguna forma solemne.⁴³

La facultad de declarar lesivos los actos administrativos era limitada, en la esfera de la administración municipal, en el sentido de que dicha declaración no se realizaba sobre acuerdos que hubieren sido confirmados a virtud de demanda o de recursos interpuestos contra ellos, o por suspensión revocada de los mismos. Igual pronunciamiento estableció la ley Orgánica de las Provincias, en relación a la Administración provincial.

La declaración de lesividad podía hacerse aunque existiera derecho de un tercero. Si no existiese derecho de un tercero

⁴¹ BUSTELO VÁZQUEZ, *La lesividad de los...*, ob. cit., p. 91 citado del art. 4 inciso 2º Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo.

⁴² *Idem.*, p. 92.

⁴³ *Ibíd.*, p. 92.

el Ayuntamiento y el Consejo provincial podrían revocar libremente sus acuerdos y adoptar cualquiera otra medida o disposición contraria. No sería en tal supuesto necesaria una declaración de lesividad. La existencia de un derecho subjetivo no puede referirse si no a un acto o acuerdo firme que hubiese causado estado, pues las declaraciones o reconocimientos sostenidos en un acto sujeto a recurso o demanda de revocación no originaban derecho alguno.

Cuando se probaba ante el Tribunal la lesión, se rescindía el contrato o se dejaba sin efecto la resolución de que se trataba, determinándose además cuanto estimaba procedente y equitativo sobre indemnización y sobre derechos adquiridos por tercera persona; distinguiendo así la diferente posición en que se encontraba la persona directamente interesada en el acuerdo o contrato, y el tercero para quien se derivó, de uno u otro, derechos subjetivos.

Tanto en las Provincias como en los Municipios, de acuerdo a sus leyes orgánicas, los efectos que producía la confirmación por un Tribunal de la lesividad administrativa, era en relación a los contratos, su rescisión y en cuanto a las resoluciones, su ineficacia.

Ahora bien, en torno a la formulación de la declaración de lesividad de los acuerdos y resoluciones municipales, debemos destacar que no era aplicable lo establecido en el párrafo final de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES, en relación al término en el cual la Administración podía utilizar el recurso contencioso-administrativo,⁴⁴ pues este trámite previo solo era requerido en el supuesto de ser de la propia Administración el acto por el que se iba a acudir en la vía judicial, lo que no acontece cuando emanaba de la Municipal o Provincial que gozaban de expresa autonomía por la Constitución y en consecuencia el plazo para formular la impugnación mediante el recurso contencioso-administrativo, con aplicación al efecto

⁴⁴ Este plazo se empezaba a contar según la citada norma desde el día siguiente a la declaración de lesividad correspondiente.

del Decreto número 3251 de 1941 era de tres meses a contar desde que quedó notificado el Ejecutivo Nacional del acuerdo o resolución y no el de un año que señalaba el artículo tercero del mencionado Decreto, cuyo conflicto con el artículo séptimo de la invocada ley en su párrafo primero, obligaba a estar a lo dispuesto en este último por su mayor fuerza obligatoria.

Las sentencias número 102 y 105 de 21 de enero de 1953, al igual que la 329 de 25 de febrero de 1953 y 1173 de 14 de noviembre de 1957, todas del Tribunal Supremo, coincidían en los aspectos antes expuestos. En igual sentido se pronunció la sentencia No 109 de 21 de enero de 1953, relacionada con la impugnación de un acuerdo municipal por el Presidente de la República, la declaración de lesividad y el término para interponer recurso contencioso-administrativo, la que se fundamentó en los hechos siguientes:

“Habiendo acordado el Ayuntamiento de Máximo Gómez crear un impuesto de catorce pesos mensuales para todo carro o vendedor que no siendo local venda galletas y pan no elaborados en la localidad, el Presidente de la República lo declaró lesivo y el Fiscal, estableció recurso contencioso-administrativo en el que reclamó la revocación de la resolución interpelada; y en consecuencia el Tribunal Supremo resolvió como sigue:

Considerando que como se tiene con reiteración declarado ni el Decreto Presidencial número tres mil doscientos cincuenta y uno de mil novecientos cuarenta y uno, ni los preceptos constitucionales contraídos al derecho de impugnación de que se trata ni en las Leyes que tiene relación con el problema, existe precepto alguno que pueda servir de apoyo a la tesis de la necesidad de una previa declaratoria de ser el acuerdo lesivo al interés público para poder formular la impugnación y no correr el término señalado en el artículo séptimo de la ley de la materia sino a partir de dicha declaratoria, y resulta por lo contrario, de los preindicados textos que carece de justificación cuando no de posibilidad legal,

tal declaratoria, que recaería sobre actos o acuerdos de otra Administración.

Considerando que basada la infracción que se denuncia del artículo séptimo de la ley de la materia como actualmente rige en que el acuerdo del Ayuntamiento de Máximo Gómez fue declarado lesivo a los intereses públicos pretendiéndose computar el término de tres meses que concede la Ley para acudir a esta vía a partir de la fecha de la declaratoria de lesividad, es clara la aplicación del criterio expuesto, que debe ser ratificado por esta resolución, debiendo en consecuencia, desestimarse el recurso de casación por infracción de ley que interpone el Ministerio Fiscal.

Considerando que no procede imponer costas porque recurre el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo establecido en la orden de Casación artículo cuarenta de la misma (por cuanto) ni las cobra ni las devenga.

Fallamos no haber lugar al recurso, sin especial condena de costas.

Santiago Rosell, Presidente; Pedro Cantero, (ponente); Juan F. Torres; Gustavo Ramírez Olivella; Guillermo Portela; Manuel G. Miranda; Maximiliano Smith; Magistrados.”

En relación a esta propia sentencia (109 de 21 de enero de 1953), el autor Gustavo RAMÍREZ OLIVELLA realizó el siguiente comentario:

“Como se tiene declarado con reiteración, ni el Decreto presidencial número 3251 de 1951, ni los preceptos constitucionales contraídos al derecho de impugnación de que se trata, ni las leyes que tienen relación con el problema, contienen precepto alguno que pueda servir de apoyo a la tesis de la necesidad de una previa declaratoria de ser el acuerdo lesivo al interés público para formular la impugnación y no correr el término señalado en el artículo séptimo de la Ley de la materia, sino a partir de dicha declaratoria, y resulta por lo contrario, de los indicados textos que carece de justificación cuando no

de posibilidad legal, tal declaratoria, que recaería sobre actos o acuerdos de otra Administración.⁴⁵

Ello evidencia que no existía aún un criterio unánime sobre el tratamiento de la lesividad administrativa a partir de las formulaciones que existían – en relación a este tema- en las normas vigentes en Cuba.

Algunos de los fallos del Tribunal Supremo⁴⁶ en relación a la lesividad administrativa respondían a la estabilidad de la resolución administrativa y en específico, en cómo ésta podía verse afectada por el erróneo cómputo del término que poseía el Presidente de la República para iniciar el procedimiento contencioso administrativo, pues siendo el plazo establecido el de tres meses según lo estipulado en el artículo séptimo de la Ley de 13 de septiembre de 1888, en la práctica se contaba el término a partir del momento en que el Presidente conocía de la resolución; aspecto que no poseía amparo legal y por ende podía catalogarse como un actuar indebido de la Administración.

La jurisprudencia cubana sentó como cuestión principal a dirimir ante la interposición del proceso de lesividad, lo relativo al cómputo del término para interponer la demanda. Es por ello que la sentencia 273 de 25 de mayo de 1939 estableció como única condición para la declaración de lesividad de la resolución gubernativa -previa su impugnación por la Administración-, la del término señalada para hacerla, pues fuera de este quedaría firme y consentida.⁴⁷

Ya en los años 40, la Audiencia de la Habana y el Tribunal Supremo fueron los órganos encargados del conocimiento del proceso de lesividad, el cual nacía en la mayoría de los casos por la cesantía de los empleados públicos y por violaciones de

⁴⁵ Gustavo RAMÍREZ OLIVELLA, *Diccionario de...*, ob. cit., p. 368.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 370. (comentarios de la sentencia 789, de 19 de mayo de 1955).

⁴⁷ Véase Guillermo DE MONTAGÚ Y VIVERO, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba*. En materia civil. Hipotecaria. Contencioso-administrativa y de constitucionalidad, 1939-1943, Tomo V, Cultural S.A, La Habana, 1948, p. 621.

la Administración en cuanto a la revocación de sus actos por sí misma cuando debía surgir el mentado proceso.

En tal sentido existen muchos pronunciamientos del Tribunal Supremo, donde se vinculó la lesividad administrativa con el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos, ejemplo de ello es la sentencia No. 770 de 9 de diciembre de 1948⁴⁸.

⁴⁸ Esta sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo, basado en los fundamentos que reproducimos a continuación y que fue publicada en La Jurisprudencia al día. Contencioso, Hipotecario. Acuerdos. S. de Gobierno. La Habana. 1951. p. 442-445:

Considerando que según ha declarado el tribunal supremo en su sentencia número setecientos setenta de nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, consecuente con el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos, la Administración para invalidar esos actos debe declarar la lesividad, como medida previa y necesaria para interesar después su revocación por los Tribunales, a cuyo efecto el párrafo final del artículo siete de la Ley trece de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho, tal como quedó redactado por el Decreto-Ley seiscientos cuarenta y nueve de mil novecientos treinta y seis, ofrece reglas y plazos para impugnar sus propias resoluciones en la expresada vía cuando las estime contrarias o perjudiciales a los intereses públicos.

Considerando que dentro de este concepto de irrevocabilidad de la resolución administrativa, cuando fuere definitiva y declaratoria de derechos, se comprende indudablemente la imposibilidad de su suspensión por el mismo Poder que la dictó pues ella a tanto equivale como a su revocación temporal, al desconocerse y vulnerarse, en ambos casos, la estabilidad de la decisión gubernativa.

Considerando que tampoco procede estimar en estos casos, según enjuicia el Tribunal Supremo en la invocada sentencia, la discrecionalidad de la medida combatida, pues aunque es cierto que participa de aquel concepto la facultad de la Administración para declarar lesiva una resolución de sus propias autoridades y organismos, no es lo menos de que carece de la facultad de suspenderlas, ya que conforme al artículo cien de la Ley de la materia solo compete a los Tribunales en el caso a que se contrae el párrafo primero de dicho artículo; y si bien con arreglo al propio precepto es la Administración quien resuelve en definitiva cuando el Fiscal se opusiere fundado en que la suspensión puede seguirse un daño al servicio público, o si lo estimare el tribunal no cabe dudar que tal disposición es inatinerente al caso en que la recurrente es la Administración misma, así como que ambas situaciones jurídicas solo puede producirse una vez entablado el procedimiento contencioso- administrativo, encaminado a obtener la revocación de la resolución impugnada, pero no, como ocurre en el presente caso, en que la Administración ha decretado la suspensión antes de acudir a la mencionada vía de revisión judicial.

Considerando que por todo lo expuesto procede desestimar las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de acción opuestas por el Ministerio Fiscal y declarar con lugar en todas sus partes la demanda objeto de este recurso.

Dentro de este concepto de irrevocabilidad de la resolución administrativa, cuando fuere definitiva y declaratoria de derechos, se comprende indudablemente la imposibilidad de su suspensión por el mismo poder que la dictó, pues ello a tanto equivale como a su revocación temporal, al desconocerse y vulnerarse, en ambos casos, la estabilidad de la decisión gubernativa.

Otro aspecto importante que cabe destacar es lo referente a la revocación por la Administración de sus propios actos declarativos de derechos, sin acudir al proceso de lesividad, máxime cuando el mismo estaba normado. Eco de esta situación fueron muchas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se dejó por sentado una y otra vez, que debía realizarse previamente una declaración de lesividad y luego acudir al proceso contencioso administrativo; y debido al incumplimiento de ello por la Administración Pública, el Tribunal Supremo revocó todas aquellas resoluciones administrativas que hubiesen modificado una resolución contentiva de derechos con anterioridad.

Las decisiones judiciales marcaron pauta en relación al cómputo de los términos para realizar la declaración de lesividad y para la interposición del recurso de lesividad, a partir de la aplicación en nuestro país de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES y del Decreto Ley 649 de 1936; pues siendo el término para formular la declaración de lesividad de un año siguiente a la fecha de la resolución objeto de dicho proceso y el de interposición del recurso de tres meses desde el día siguiente a la declaración, el Tribunal Supremo razonó en sus sentencias que los referidos términos debían computarse tácitamente del modo expresado en las normas y no como en innumerables casos había alegado

Considerando que en su virtud, debe declararse sin lugar el recurso y confirmar la sentencia apelada, sin expresa imposición de costas, por no haberse litigado con temeridad notoria en ninguna de las instancias.

Vistos los preceptos invocados y los demás de general aplicación.

Fallamos que debemos declarar y declaramos sin lugar el recurso y confirmar la sentencia apelada, sin expresa imposición de costas.

el Fiscal⁴⁹ en representación de la Administración Pública. Estos

⁴⁹ El Fiscal en varios supuestos alegó que aún cuando la declaración de lesividad se realizara varios meses anteriores a la culminación del término de un año con que cuenta la Administración para su formulación, debía aguardarse por el transcurso del año completo para comenzar a computar el término en que la Administración contaba para la interposición del recurso. Un ejemplo de ello es la sentencia No 582 de 20 de junio de 1952, que fue tomada de *La Jurisprudencia al día. Contencioso-Administrativo, Hipotecaria. Secretaría de Gobierno*. La Habana. 1952. Pág. 326-327, la que reproducimos a continuación:

Sentencia No 582 de 20 de junio de 1952. (Leída en audiencia pública el día 8 de agosto.)

Recurso contencioso-administrativo establecido por la Administración.- Declaración de lesividad.- Término para interponer el recurso.

-El término de tres meses que se concede a la administración para establecer el recurso contencioso-administrativo, después de la declaración de lesividad de una resolución, se cuenta desde la fecha misma de esa declaración.

Y no es de aceptar el criterio del fiscal, recurrente, en el sentido de que cuando la declaración de lesividad se haga antes del año señalado, siempre se ha de contar el año entero y a partir de él, contar los tres meses concedidos para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Ordenada por la Comisión del Servicio Civil la reposición de Armando Mujica Vigil, en el cargo que desempeñaba en la Dirección de la Cartera Dactilar del Chofer, del Ministerio de Gobernación, se declaró lesiva esta resolución y el fiscal estableció recurso contencioso-administrativo.

Dado traslado al empleado, este alegó la excepción dilatoria de incompetencia, por haberse establecido el recurso tres meses y 9 días después de la declaración de lesividad.

La Sala Segunda de lo Civil de esta Audiencia dictó auto declarando con lugar la excepción y en su mérito, declaró su incompetencia para conocer el asunto.

Establecida súplica por el Fiscal, dicha Sala la declaró sin lugar.

El Fiscal, estableció casación, al amparo de la causa 6ª del artículo 1690 de la Ley de Enj. Civil, estimando infringido el artículo 7º, último párrafo, de la ley de lo Contencioso-administrativo, por aplicación indebida, porque el término de tres meses para interponer el recurso ha de contarse después del año que tiene la Administración para declarar la lesividad.

El Tribunal Supremo resuelve lo que sigue:

Considerando que de conformidad con categórica disposición del último párrafo del artículo séptimo de la Ley trece de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho, tal como quedó redactado por el decreto Ley seiscientos cuarenta y nueve de mil novecientos treinta y seis el plazo para que la Administración pueda utilizar el recurso contencioso-administrativo es el de tres meses contados desde el día siguiente a la declaración por quien corresponda de la lesividad de la resolución impugnada, y si bien, a su vez, esta declaración, con sujeción al propio citado párrafo, deberá hacerse dentro del año siguiente a la fecha de la resolución a que se refiere la cual quedará, si así no se hiciera, consentida y firme, ni la clara letra de la Ley, ni otra alguna autoriza a entender que si la dicha declaratoria de lesividad

pronunciamientos del Tribunal Supremo resultaron muy ciertos, ya que la interpretación errónea de las normas aplicables afectaría a los derechos de los administrados y a los principios de legalidad y seguridad jurídica que deben estar presentes en este tipo de proceso contencioso-administrativo.

La práctica judicial en materia de lesividad administrativa destaca que en los años 50, no existieron procesos de lesividad como tal, sino que ante las violaciones administrativas de revocar *per se* sus resoluciones, se establecían los correspondientes recursos por los administrados que veían vulnerados sus derechos y finalmente el Tribunal Supremo -basándose en los fundamentos del proceso de lesividad- tomaba una decisión y restablecía la legalidad quebrantada. Luego de revisar las Revistas Cubana de Jurisprudencia de los años 60 y los Boletines del Tribunal Supremo Popular de los años 2000 al 2010, nos percatamos de la exigua, y por momentos, inexistente referencia a la lesividad como proceso. En unión a lo anterior una revisión de los legajos de sentencias de los años 2000- 2010, pertenecientes a la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, verificó que durante los años señalados no fueron objeto de debate procesos contenciosos administrativos de lesividad.

No obstante a ello, en la práctica judicial del Tribunal Supremo Popular en materia contenciosa administrativa, debemos

se hace antes de vencer el año concedido para ello, el referido plazo de tres meses para que la Administración pueda acudir a la vía contencioso-administrativa haya de empezar a computarse, no obstante, el vencimiento del año, y no a partir del día siguiente al de la declaración de lesividad, que terminantemente viene preceptuado.

Considerando que, en su virtud, no cometida la infracción que se acusa ni el único motivo del recurso, debe ser éste desestimado, sin que proceda hacer especial condenación de costas por ser recurrente el Ministerio Fiscal.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso y no hacemos especial imposición de costas.

Gabriel Pichardo Moya. Presidente; Pedro Cantero; Juan F. Torres; Santiago Rosell, (ponente); Gustavo Ramírez Olivella; Magistrados.

reverenciar que, en el Boletín de dicha institución correspondiente al año 2012, consta la sentencia número 157 de 29 de febrero de 2012, relacionada con la **Inadecuada cancelación del usufructo**. Esta sentencia alude, al igual que las analizadas con anterioridad, a la imposibilidad que posee la Administración Pública de ir contra sus propios actos y además indica que la vía de lesividad es la adecuada para someter a valoraciones del órgano jurisdiccional la pertinencia de una actuación administrativa.

En tal sentido, es oportuno reproducir algunos fragmentos de dicha resolución judicial:

VISTO: Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el recurso de casación en materia administrativa interpuesto por la Dirección Municipal de la Vivienda de Las Tunas, representada por la Lic. IBM; contra la sentencia número ciento cinco, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas en el expediente número ciento diecinueve de dos mil once, en el proceso administrativo establecido por MSP, ama de casa y vecina de X, Las Tunas, contra la Dirección Municipal de la Vivienda de Las Tunas; en que impugnó la resolución número mil seiscientos setenta y cuatro, de fecha veintiuno de julio de dos mil once, dictada por la mencionada entidad, por la que se declaró la cancelación de la condición de usufructuaria gratuita a la no recurrente y de licencia de obra, recurso que tiene por objeto impugnar la sentencia que acogió la demanda interpuesta por MSP y revocó la aludida resolución administrativa, por estimar la parte recurrente que dicha sentencia no se ajusta a Derecho. (...)

LA SALA DE LO CIVIL y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR RESOLVIÓ:

CONSIDERANDO: Que el motivo único de que consta el recurso de casación interpuesto por la Dirección

Municipal de la Vivienda de Las Tunas, invocado al amparo del ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en que se señalan como vulnerados los artículos ciento quince, apartados a y e de la Ley General de la Vivienda, los apartados tercero, incisos a y b, décimo quinto y vigésimo segundo de la Resolución número once de dos mil seis del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda y los artículos sesenta y cuatro, apartado a y sesenta y seis, apartado segundo inciso d, de la Resolución número catorce de dos mil seis del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, no puede prosperar, en primer orden porque la facultad de cancelar las licencias de obra concedidas así como las autorizaciones de construcción y los certificados de habitables otorgados en los casos que se detecten violaciones o vicios en su tramitación u otorgamiento y también la cancelación del derecho perpetuo de superficie, corresponde a las Unidades Municipales o Provinciales Inversionistas de la Vivienda y no a la recurrente, además de que no puede la Dirección Municipal de la Vivienda volver contra sus actos que causaron estado y privar por sí y ante sí a la recurrente de la condición de usufructuaria gratuita de la vivienda objeto del proceso, sin observar el procedimiento previo de declaración de lesividad a que se contrae el artículo seiscientos sesenta y seis, apartado segundo, de la ley rituarial, ni justifica el carácter estatal del inmueble que el órgano depositario de la representación del interés público actúe a su libre albedrío soslayando los derechos que corresponden a los ciudadanos, establecidos por actos de la propia entidad; cuestión insostenible que atentaría contra la más elemental seguridad jurídica y sentido de justicia; en cuya virtud, en modo alguno se encuentran presentes en la sentencia interpelada

las infracciones denunciadas y el motivo es improcedente.(...)⁵⁰.

III. Parcialmente, unas conclusiones

La vía de lesividad constituye, en todo su esplendor, una garantía verdadera para el proceder de la Administración Pública. Un instrumento eficaz en la defensa del interés público defendido y gestionado por el ente administrativo. La realidad jurídica cubana actual ha demostrado no sólo un olvido de esta institución, sino una preterición – sin ánimo de pecar de absolutos – imperdonable.

Muchas podrían ser las causas de esta situación, desde la concepción “dominante” con que nació permeada la Administración Pública posrevolucionaria, hija de unos tiempos y unas coyunturas excepcionales que fueron afianzando en la Administración un papel de ente todopoderoso e inescrutable; hasta la tibieza con que nuestro contencioso administrativo enfrenta, con los ojos puestos en el ayer, una realidad jurídica totalmente diferente a la que le vio nacer. Lo cierto es que pareciera, con este abandono, que nuestra Administración no se enfrenta a la realidad de una vida social en la que no han de ser pocos los supuestos en que se precisa de un instrumento jurídico como la lesividad para resolver las problemáticas derivadas de las coyunturas. Parecería que el principio del “non venire” sostuviera de tal manera las decisiones de la Administración, que bajo ningún concepto pudiera volver sobre sus pasos. En medio de todo ello, la indiferencia hacia la lesividad, lejos de elevar el rol de la Administración, lo hace descender: ¿qué se puede esperar de una Administración que no yerra? ¿Es posible creer que sus actos anteriores nunca han puesto en juego el interés público,

⁵⁰ Sentencia número 157 de 29 de febrero de 2012, tomado del Boletín del Tribunal Supremo Popular, Cuba, 2012. pp. 167-169.

cuando los hilos que mueven sus estructuras son sujetos sometidos a la apreciación de circunstancias cambiantes? ¿No se trata, o lo que se espera de la Administración, no es que perciba en todo momento las posibles agresiones al interés público? Si damos respuesta a estas interrogantes, entonces comprendemos la ingratitud con que se ha trabajado una institución que debe ser cada vez más real, y menos utópica en el ordenamiento jurídico cubano.

Acotaciones sobre la base conceptual de los principios generales del Derecho¹

Alejandro González Monzón² | Universidad de La Habana

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 759-829

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e325>

I. Precisiones preliminares sobre la cuestión terminológica

La cuestión terminológica se presenta como una de las grandes disputas a tener en cuenta para el estudio de la categoría jurídica que interesa a los fines de estas páginas, llegando a acuñarse por parte de autores como ATIENZA y RUIZ MANERO la factibilidad de referir *diversos sentidos de la nomenclatura principio jurídico*.³ La sustancia filosófica y la perspectiva de

¹ Un estudio más extenso, profundo y detallado del autor sobre esta temática en GONZÁLEZ MONZÓN, A, *Los principios generales del Derecho. Una manifestación de la complejidad del fenómeno jurídico*, Bogotá, Leyer-UniAcademia, 2018, pp. 195-406.

² Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Juez de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de la Habana. alejandro.gonzalez@lex.uh.cu.

³ Siguiendo las consideraciones de CARRIÓ ("Principios jurídicos y positivismo jurídico, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1986) y GUASTINI ("Principi di diritto," *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1990), estos autores presentan las siguientes acepciones: "(...) *Principio* en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; *Principio* en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; *Principio* en el sentido de norma pragmática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; *Principio* en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución; *Principio* en el sentido de norma especialmente importante, aunque se grado de generalidad pueda ser relativamente bajo; *Principio* en el sentido de norma de elevada jerarquía. Según este significado, todas las normas constitucionales

intencionalidad política han dado al traste con una variedad de denominaciones trascendentes al espacio positivo, configurándose puntos de vista que, lejos de suponer una simple disputa lingüística, devienen en posicionamientos fundados sobre las funciones y la naturaleza jurídica de estos. Se agrega con esto un *plus* de oscuridad al tópico a tratar.

Si se parte de la raíz latina *principium*⁴ se puede caer en el facilismo de entender a los principios generales en el sentido exclusivo de origen o *prima causa* (en sentido cartesiano) de lo jurídico, magma de la que se desprenden las reglas y demás pautas organizacionales de la sociedad.⁵ Esto es cierto, pero no suficiente. Los *prima principia* de consistencia axiológica⁶ de los que habla PÉREZ LUÑO⁷ encajan en este razonamiento en virtud de ser también el Derecho una expresión de la moral media social. No obstante, ¿son los principios generales construcciones *a priori* en exclusiva? Lógicamente no lo son, pues

serían principios, incluyendo las que o parecen ser ni muy generales ni muy importantes; *Principio* en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; *Principio* en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo (...). ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, "Sobre principios y reglas," *Revista Doxa*, No. 10, Alicante, 1991, pp. 104-105. Disponible en www.cervantesvirtual.com.

⁴ Algunas definiciones son las siguientes: "(...) Primer instante del ser, de la existencia, de la vida // Razón, fundamento, origen// Causa primera// Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte// Máxima, norma, guía// (...)". CABANELLAS DE TORRES, G, *Diccionario Jurídico Elemental*, Edición Electrónica a cargo de la Editorial Heliasta S.R.L, s/a, pp. 319-320; y "(...) Principio o comienzo. Dábase tal nombre a la primera de las tribus que votaba en los comicios y que por ello figuraba en la ley respectiva (...)". OSSORIO, M, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ciudad de Guatemala, Editorial Datascan, S.A, Primera Edición Electrónica, s/a, p. 771.

⁵ Cfr. GUASP, J, *Derecho*, Madrid, Gráficas, S.L, 1971, pp. 291 y ss.

⁶ Al respecto *vid* las observaciones de COSSIO sobre la dualidad que encierra la expresión *principios generales del Derecho* en cuanto su posibilidad de concreción como *juicios estimativos supremos* o como *principios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico*. Cfr. COSSIO, C, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, pp. 151 y ss.

⁷ PÉREZ LUÑO, A. E, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 30 y ss.

de la elemental dialéctica entre lo genérico y lo particular se deduce que estos son también potenciales síntesis *a posteriori*, esto es, consecuencias de la ordenación positivada,⁸ e incluso, de la interacción de esta con otros elementos como los valores, las costumbres imperantes en un momento histórico dado, la jurisprudencia, o a través de un esfuerzo de creación doctrinal, tal y como ocurrió en el Derecho romano.⁹

La construcción léxica *generales* es igualmente polémica (*potendo la stessa norma essere considerata principio generale rispetto a norme più specifiche, e norma specifica rispetto a una norma più generale*).¹⁰ ¿Es sinónimo de universales? ¿Hace referencia a la generalidad *ab intra* de una institución, de una rama, de una materia o de todo el orden jurídico? Cualquier respuesta unilateral puede pecar de dogmática, lo que presenta cualquier variable como posible, ajustándose consecuentemente el campo aplicativo de los principios. La dificultad de realizar una medición adecuada del término en cuestión ha motivado en algunos autores, entre ellos RAZ, su supresión de la estructura lingüística que se analiza.¹¹

⁸ Para MODERNE esta es la acepción más acertada, dado que "(...) ella permite insertar los principios en el cuerpo mismo del derecho y evitar así situarlos al exterior del derecho, como principios metajurídicos o ajurídicos (morales, políticos, sociológicos, etc.) (...)". MODERNE, F, *Principios generales del Derecho Público*, Traducción de Alejandro VERGARA BLANCO, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 25. También de la explicación de ASCOLI se interpreta el abrazo de esta postura: "(...) Mas los principios generales, siendo principios de derecho, presuponen un conocimiento de lo que sea el derecho en su carácter lógico y en su formación positiva, obtenido a través y más allá de sus normas; y si se encuentra la fuente de los principios generales, esta fuente debe aún explicar qué es, cómo nace, cómo se desarrolla el derecho; no sólo ayudar a encontrar las reglas para los casos no previstos por las normas positivas: allí debe residir, implícita o explícita, una teoría, una idea del derecho, de nuestro derecho positivo, y a través de ello, del derecho en general (...)". ASCOLI, M, *La interpretación de las leyes. Ensayo de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A, 1947, p. 29.

⁹ Sobre la construcción de los principios en el Derecho romano *vid*, MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1947, p. XXXIII.

¹⁰ BOBBIO, N, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 273.

¹¹ Cfr. RAZ, J, "Principles and the Limits of Law," *The Yale Journal*, No. 81. New Haven, 1972, p. 12 y ss.

Por último, el hecho de circunscribir dichos principios generales al campo del Derecho puede tener connotaciones interesantes. ¿No pueden existir principios generales cuya matriz sea extrajurídica? De lo expuesto *supra* se infiere que esta contingencia es constatable. Principios como la *bona fides*, el *alterum non laedere* o el *non bis in idem*, son francos correlatos de la moral (los dos primeros) y de la lógica (el último), esferas que si bien son consustanciales a la ciencia del Derecho, también poseen independencia cognitiva.¹²

II. Nociones sobre la inexistencia o existencia de los principios generales del Derecho. Relación de la complejidad de estos con la complejidad del fenómeno jurídico. Su carácter dinámico

A la pretensión de conceptualizar a los principios generales del Derecho precede un escollo de naturaleza óptica que es necesario referir; éste se puede sintetizar en una interrogante: ¿existen los principios generales del Derecho o estos son pura entelequia?¹³ Es preciso dejar sentado *ab initio* que las teorías de negación no son mayoritarias en la doctrina, y que no todas tienen al positivismo clásico como intrínquilis.

La raíz histórica de los posicionamientos negativos puede ser localizada en los debates franceses con respecto a la posibilidad de aplicar principios generales del Derecho bajo la sombra del *Code*.

La exégesis triunfante consideró que todas las construcciones teóricas tenían como génesis al derecho positivo. El culto

¹² En opinión de MODERNE: "(...) los principios extrajurídicos pueden influir respecto de un sistema de derecho, e integrarse en tanto que *principios generales del derecho*, no se debe olvidar que su origen debe ser buscado fuera del derecho mismo, y que ellos se prestan por este hecho a polémica en cuanto a la necesidad o a la efectividad de su *juridicización*, es decir, de su inserción en el derecho positivo (...)". MODERNE, F, op. cit, p. 26.

¹³ Al respecto *vid* la sistematización realizada por DE CASTRO Y BRAVO sobre las teorías negativas y positivas respecto a la existencia de los principios generales. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, Editorial Civitas, S. A, 1984, pp. 408-410.

extremo a la ley, la ignorancia de sus disímiles condicionantes y la repetición a ultranza de la misma como único modo de enfrentar los problemas prácticos, son los derroteros a seguir por los juristas. Al decir de BUGNET: “(...) yo no conozco el Derecho civil; y no enseño más que el Código de Napoleón (...)”. Por su parte DEMOLOMBE dejó claro que: “(...) mi divisa, mi profesión de fe, es ésta: los textos sobre todo (...)”.¹⁴ De forma más categórica, pero en la misma línea expositiva, se localizan los argumentos de VALETTE: “(...) Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos 70 años, que sería muy extraño el que quedase un caso al cual no le fueran aplicables en algo las disposiciones legales (...)”.¹⁵

Así, toda la labor interpretativa se inclinaba hacia la búsqueda de la *ratio legislatoris*, lo que mató irremediamente las perspectivas históricas y sociológicas (luego defendidas por SAVIGNY)¹⁶ que debían servir de fundamentos al proceso de aplicación coherente del derecho en pos de su realización social plena. Según LAURENT: “(...) los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho (...)”.¹⁷ Entender a la interpretación como una modalidad creativa está fuera de toda posibilidad.

Este movimiento supuso la ponderación de la deducción silogística en la aplicación del derecho. En reminiscencia matemática, habían de sumergirse en los contornos de la ley las peculiaridades del asunto, brindando la primera la extensión correspondiente en observancia de las consecuencias que de ella se derivan. En frase de LIARD: “(...) los artículos del Código son teoremas cuyo alcance entre sí hay que demostrar (...) el

¹⁴ Cit. pos, GÉNY, F, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Madrid, Editorial Reus, S.A, 1925, p. 27.

¹⁵ Cit. pos, RECASÉNS SICHES, L, *Nueva filosofía de la interpretación*, México DF, Editorial Porrúa, 1956, p. 192.

¹⁶ Cfr. SAVIGNY, F, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, Prólogo de A. POSADA, Madrid, La España Moderna, s/a, pp. 23 y ss.

¹⁷ Cit. pos, GÉNY, F, *Método...*, op. cit, p. 27.

verdadero jurista es un geómetra y la educación puramente jurídica es puramente geométrica (...).¹⁸

La sistematización de estos postulados por el positivismo jurídico, donde tuvo un espacio importante la esquematización metodológica de Kelsen, ha sido una plataforma coherente desde donde construir todo tipo de argumentos con respecto a la inexistencia de los principios generales del Derecho. No obstante, desde ángulos analíticos igualmente positivistas, se ha reparado, a modo de matización, sobre la existencia de construcciones que, atendiendo a determinados condicionamientos, trascienden a las reglas positivadas. Cuestión que complejiza notablemente el asunto y que niega el simplismo tendente a establecer una igualdad entre *iuspositivismo* y antiprincipalismo.

II.1. La teoría pura de Hans Kelsen y su implicación negativa en torno al principalismo. La reacción de Josef Esser

El contrapunteo de ideas kelsenianas y esserianas es fundamental para comprender los caminos seguidos en el mundo anglosajón al tenor de las obras de HART y DWORKIN, no olvidando las precisiones posteriores de ALEXY, todo lo cual constituye un *corpus* teórico con sólida virtualidad en el presente.

La lógica metodológica de la teoría pura¹⁹ y las implicaciones que le suceden, son cuestionadas desde estribos de naturaleza sociológica, lo que tuvo como resultado el esbozo de disímiles situaciones prácticas donde la idea del imperio absoluto de la norma no aportaba respuestas cabales. Si bien la esencia de la polémica no descansa cardinalmente en lo concerniente a los principios, estos si constituyen en su desarrollo un instrumento indispensable a través del cual figurar una ontología del Derecho coherente. Así, la importancia de analizar los aspectos

¹⁸ *Cit. pos*, GÉNY, F, *Método...*, op. cit, p. 58.

¹⁹ *Apud* KELSEN, H, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo GARCÍA MAYNEZ, México, Imprenta Universitaria, 1949, pp. 4-6.

fundamentales de esta pugna, radica en que a través de ella los principios generales del Derecho pueden ser apreciados como piezas integrantes del fenómeno jurídico, entendido este en su más estrecha unidad, lo que constituye un presupuesto esencial para, con posterioridad, detenerse en su configuración *iusfilosófica*, en el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico y en las funciones que realizan.

El enfrentamiento de estas dos miradas globales sobre el saber jurídico y su consecuente expansión, permite también llegar a conclusiones que explican, desde posicionamientos diferentes, la trascendencia de aceptar a los principios generales dentro del esquema científico del Derecho. A través de ella se puede sopesar la posibilidad metodológica de estudiar al fenómeno jurídico dentro de parámetros epistemológicos más o menos flexibles, a la vez que presenta lo referido al condicionamiento ético como pendiente a tener en cuenta en todos los ejercicios de conceptualización que tengan por objeto a un segmento de la realidad jurídica.

II.1.1. Kelsen y el principalismo

La pureza metodológica de KELSEN, que para AFTALION constituyó un giro copernicano en los estudios jurídicos,²⁰ resume, en alguna medida, las aspiraciones despertadas por el ímpetu codificador del siglo XIX, que tuvo en Francia una connotación importante en el campo de la *iusfilosofía* al calor de la exégesis.²¹ La aspiración kelseniana, expuesta con precisión en el prólogo a la primera edición de su *Teoría pura*, consistió en depurar al saber jurídico de todo vestigio histórico, ideológico,

²⁰ Apud AFTALION, E. R, *Crítica del saber de los juristas*, La Plata: s/e, 1951, pp. 22 y ss.

²¹ Cfr. CAPPELLINI, P, "Códigos," FIORAVANTI, M, *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 117-118. Sobre las fases de esta Escuela (fundación, 1804-1830; apogeo, 1830-1880; y decadencia, 1880-1900) y sus representantes más cabales (DELVINCOURT, TOULLIER, MELVILLE, DURANTON, MARCADÉ, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE, entre otros) vid, HERNÁNDEZ-GIL, A, *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pp. 56-57.

político, sociológico y ético,²² encuadrando su pensamiento en los cánones de constatabilidad matematizada del positivismo continental de inicios del siglo XX.²³

Así, la asunción del método normativo era la única alternativa viable para contener al Derecho en cánones de científicidad,²⁴ en virtud de ser su objeto de estudio localizado en el mundo del deber ser. Para cumplimentar estos objetivos asume las directrices kantianas sobre las ciencias normativas,²⁵ arrojando su sistema, en este sentido, cuatro postulados de raigal trascendencia, a saber: la exclusividad de la ciencia jurídica, el monismo metodológico, la separación *sein-sollen* y la neutralidad.²⁶

La reflexión en torno a los principios jurídicos pende de estos cuatro postulados. Ahora bien, negar categóricamente la existencia de principios en las construcciones de KELSEN puede conducir al equívoco de entender su teoría desde posicionamientos ontologistas.²⁷ Al contrario, hay en el vienés rastros de

²² En este espacio dejo sentadas sus aspiraciones, consistentes en la elaboración de: "(...) una teoría que estuviese depurada de toda ideología política y de todo elemento proveniente de las ciencias naturales, una teoría que fuera consciente de su carácter peculiar en razón de la legalidad propia de su objeto (...)". Un poco más adelante reiteraba que: "(...). Desde el comienzo mi meta fue elevar la jurisprudencia que, abierta o veladamente, se había convertido en reflexión político-jurídica al nivel que es consustancial a una verdadera ciencia, en concreto al nivel de una ciencia natural. La tarea consistía en profundizar en las tendencias del pensamiento jurídico que solo tenían como norte el conocimiento del derecho, y no de qué manera debía ser configurado materialmente; se trataba asimismo de aproximar lo más posible sus resultados al ideal que preside toda ciencia: la objetividad y la exactitud (...)". KELSEN, H, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 35.

²³ *Apud* TREVES, R, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, Torino, Accademia delle Scienze, 1934, pp. 20 y ss. También *vid*, CALSAMIGLIA, A, *En defensa de Kelsen*, Barcelona, Working Paper No.129, 1997, *in integrum*.

²⁴ *Cfr.* SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, A, *Teoría general del Derecho*, La Habana, Cultural, S.A, 1953, pp. 21-35.

²⁵ *Cfr.* VEGA, J, *La idea de ciencia en el derecho*, Oviedo, Editorial Pentalfa, 2000, pp. 107 y ss.

²⁶ Una explicación suficiente en GARCÍA LÓPEZ, D. J, *Organicismo silente. Rastros de una metáfora en la ciencia jurídica*, Granada, Editorial Comares, 2013, pp. 224 y ss.

²⁷ A juicio de COMANDUCCI: "(...) el positivismo metodológico (...) sólo afirma la que puede llamarse como tesis de la no conexión identificativa necesaria entre Derecho y moral: en

principalismo, sólo que condicionados al despliegue normativo, esto es, al ejercicio deductivo exclusivo de la dinámica positiva del Derecho. Desde esta óptica fue claro al expresar en su obra póstuma que: “(...) tales principios no tienen carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual sólo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política (...)”.²⁸

No caben dudas que la reacción de Kelsen se sustenta en la negación de oxigenar el Derecho con elementos supra normativos, o lo que es lo mismo, en el impedimento de que la categoría *principios* quiebre la pureza jurídica y devenga en argumento positivo en cuanto a la concepción de canales comunicativos entre este saber y la ética, la política, la costumbre como correlato sociológico, entre otros espacios, siempre desde una perspectiva metodológica.

II.1.2. La respuesta de Esser

La estrechez de condicionamientos que propone Kelsen para con el Derecho, es la base de la crítica que desarrolla Esser en

otras palabras, la tesis según la cual no hace falta que el teórico, para identificar el Derecho, asuma un punto de vista moral. Para el positivismo metodológico, siguiendo a Kelsen, es la teoría la que debe ser pura, no el Derecho, que de hecho puede tener y tiene muchas conexiones con la moral. Por ejemplo, un positivista metodológico puede admitir sin dificultad que hoy, en la praxis de los tribunales, especialmente de los constitucionales, se recurre a principios morales. Esta praxis está estimulada por los partidarios de la tesis de la separación fuerte, la cual probablemente, más que como una teoría, es interpretable como una doctrina normativa que sugiere, entre otros, a los jueces (...) *una lectura moral de la constitución* (...). COMANDUCCI, P., *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*, Génova, Università degli studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Edición digital, s/a, p. 9. También *vid*, Kelsen, H., “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico,” *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, No. 12, Año 6, 2008, pp. 183-198.

²⁸ Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, México DF, Editorial Trillas, 1994, p. 125.

su obra.²⁹ Para este autor alemán los presupuestos éticos del Derecho adquieren una importancia vital a la hora de definir e identificar los límites conceptuales y la funcionalidad orgánica de los principios jurídicos, tanto en su rol creativo como en su instrumentalidad interpretativa.

En consecuencia, propone una clasificación entre los principios del Derecho en sentido estricto, que irradian tanto el ámbito material como el formal de este fenómeno, y los principios jurídicos a través de los cuales este se aplica.³⁰ Así, dibuja una solución dual que supera la rigidez kelseniana, aunque en buena técnica contiene sus argumentos.³¹ Introduce igualmente en sus razonamientos variables sociológicas en virtud de dinamizar las estructuras de las fuentes del Derecho, partiendo de cuestionarse a partir de qué momento poseen los principios jurídicos el carácter de derecho positivo, a lo que responde que: "(...) desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica (...) Dentro de este marco, todos los principios jurídicos son elementos del derecho positivo que gozan de protección procesal, tanto si aparecen como principios sistemáticos o constructivos del derecho material, o como máximas, premisas y reglas técnicas, como figuras fundamentales y comunes a todos los derechos civilizados o como simples reglas técnicas del pensamiento y de la labor jurídica (...)".³²

²⁹ Cfr. ESSER, J, *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1961, pp. 52 y ss.

³⁰ Cfr. ESSER, J, op. cit, pp. 137 y ss.

³¹ Apreció este autor que: "(...) Esta distinción parece a primera vista objetiva y definitiva, si paramos mientes sobre todo en el carácter heurístico de los principios del descubrimiento del Derecho, en las reglas de la interpretación, de la distribución de la carga de la prueba, etc. (...); la consideración histórica ve en ellos la base para el nacimiento del derecho objetivo a partir de la experiencia judicial; una concepción ahistórica, pero sociológica, ve también en las reglas de una técnica procesal adecuada al fin de protección presupuesto, un factor de carácter constitutivo para la tarea de entresacar normas objetivas de entre las disposiciones positivas sujetas a tantas mutaciones (...)". ESSER, J, op. cit, p. 137.

³² ESSER, J, op. cit, p. 169-171.

Como se puede apreciar, el concepto *vida jurídica* utilizado por ESSER sirve como válvula de escape ante toda minimización irracional de los principios, derrumbando las infranqueables barreras dibujadas por Kelsen en torno a lo que es derecho positivo y lo que no lo es. Consiguientemente, los principios jurídicos son derecho positivo y guías informadoras para los órganos formadores del derecho a la vez,³³ salvando que los llamados pensamientos jurídicos generales, las *rationes legis*, los principios valorativos y constructivos de un sistema y los principios éticos y de justicia, si bien comparten este atributo siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento, no son reglas precisas e independientes.³⁴

III. Sistematización y crítica de algunos criterios negativos con respecto a la existencia de los principios generales del Derecho

Han sido variados los criterios presentados como baluartes de negatividad en lo que a principios generales del Derecho interesa. La abstracción, la imposibilidad de delimitación, la duda sobre su operatividad, la sinonimia con las reglas,³⁵ entre otros, han devenido en argumentos de ataque que permiten, aparentemente, razonar en sede jurídica si atender a tan complicada categoría.

El caso de ALCHOURRÓN y BULYGIN pende de las derivaciones de un realismo llevado hasta sus máximas consecuencias, lo que los conduce a entender, tomando como presupuestos al *principio de economía* de JHERING y a lo que dieron a llamar *norma*

³³ Agrega que: "(...) También estas, usadas *lege artis*, pueden entrar bajo garantías de las reglas reconocidas para el descubrimiento del derecho y ser protegidas como partes positivas del derecho, independientemente de las figuras singulares a cuya creación han dado lugar (...)". ESSER, J, op. cit, p. 171.

³⁴ Cfr. ESSER, J, op. cit, p. 171.

³⁵ Cfr. BULLOCH, P. A y J. RAZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Estudio preliminar de César Rodríguez, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2005, pp. 48 y ss.

compleja,³⁶ que la única posibilidad de existencia de los principios generales del Derecho está condicionada a un ejercicio inductivo que los extraiga del sistema normativo o de la jurisprudencia. Si bien no caben dudas de la efectividad de este proceso, lo negativo de su planteamiento es el ataque a la independencia principalista, esto es, la sujeción de la realidad de los principios a una realidad jurídica necesariamente anterior que les sirva de fuente.³⁷

La respuesta de PÉREZ LUÑO, que sigue los derroteros de SANTI ROMANO en torno a la mitología jurídica,³⁸ es categórica,

³⁶ ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pp. 126 y ss.

³⁷ Apuntan estos autores que: "(...) La reformulación de la base de un sistema jurídico se ha considerado tradicionalmente una de las tareas más importantes de la ciencia dogmática del derecho, puesto que tal reformulación va íntimamente ligada a la elaboración de las denominadas *partes generales* y de los *principios generales del derecho* (...). La finalidad principal de la reformulación radica, por consiguiente, en el hallazgo de normas generales, es decir en la sustitución de una pluralidad de normas por una norma más general (...); la *reformulación del sistema* consiste en la sustitución de la base del sistema por otra base nueva -más reducida y general-, pero normativamente equivalente a la base primitiva. Este último requisito es muy importante: sólo si la nueva base tiene las mismas consecuencias normativas que la base anterior puede hablarse de reformulación del mismo sistema; si la nueva base no recoge alguna de las consecuencias normativas de la base primitiva o tiene consecuencias que ella no tenía, no se tratará ya del mismo sistema, sino de dos sistemas diferentes (...). Lo que hemos dicho acerca de la reformulación se aplica por igual a la elaboración de las partes generales de las distintas materias y a la extracción de los llamados *principios generales del derecho*. Todo parece indicar que ambas actividades consisten, sustancialmente, en lo mismo: la formulación de normas cada vez más generales (...)". ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, op. cit., pp. 129-132.

³⁸ En palabras de este autor italiano: "(...) Es superfluo destacar que el mito no es verdad o realidad, y hasta que es lo opuesto y, por consiguiente, la mitología jurídica debe contraponérsela a la realidad jurídica (...). De todos modos, en evitación de equívocos, convendrá recordar y precisar que la verdad o realidad jurídica es la que ha sido acogida o hasta incluso creada por un determinado derecho positivo, aunque sea diferente de la realidad que, en contraposición a la puramente jurídica, se dice efectiva, o de hecho, o material y, por consiguiente, aunque sólo existe en la conciencia de un ordenamiento jurídico, con tal de que él sea vigente y operante. (...)". ROMANO, S, *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, E.J.E.A., S.A, 1964, p. 226. A *simili*, GROSSI muestra interesantes conclusiones sobre esta cuestión: "(...) Para esto sirve el mito en su significado esencial de transposición de planos, de proceso que compele a una *realidad* a completar un

dado que para este autor español: “(...) los principios generales del derecho son un *mito jurídico*, pero un mito que responde a una necesidad propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho: reconocer el valor de la seguridad jurídica (...)”.³⁹ Se observa que si bien cataloga este tratadista a los principios como expresión de la mitología jurídica, ejercicio que no compartió en su tiempo el propio ROMANO, pues para él estos eran una materialización del *ius involuntarium* (en oposición al *ius voluntarium* asumido como derecho positivo emanado de la autoridad estatal), basándose en comprenderlos como meras abstracciones imaginarias que no se pueden entender, no cuestiona su instrumentalidad.⁴⁰

Con estos razonamientos PÉREZ LUÑO pone sobre la mesa una interesante paradoja: ¿mitos instrumentales? ¿Imágenes inexistentes de profundo calado funcional? Se considera que el autor comentado redundante en un posicionamiento de inclinación positivista, puesto que si bien la abstracción, en potencia, caracteriza a los principios generales, esto no es motivo suficiente para

vistoso salto a otro plano transformándose en una *metarrealidad*; y si toda realidad está en la historia, de la historia nace y con la historia cambia, la metarrealidad constituida por el mito se convierte en una entidad metahistórica y, lo que es más importante, se absolutiza, se convierte en objeto de creencia más que de conocimiento. El resultado estratégicamente negativo derivado de la secularización sólo puede ser exorcizado con el bosquejo mitológico (...). GROSSI, P, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 41. También *vid.* GARCÍA PELAYO, M, “Mitos y símbolos políticos” y “Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político,” *Obras Completas*, Vol. I y II. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 907-1031 y 1033-1240, respectivamente.

³⁹ PÉREZ LUÑO, A. E, “Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?” *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), No. 98, Madrid, octubre-diciembre de 1997, p. 22.

⁴⁰ Entiende PÉREZ LUÑO que: “(...) incumbe a los principios el ser una cláusula de cierre del sistema de fuentes del derecho. Gracias a esa pretendida fuente normativa los tribunales, aun en defecto de ley y costumbre, podrán recurrir a esos *imaginarios principios generales del derecho* susceptibles de dar respuesta jurídica a todos los conflictos que puedan surgir en el seno de los sistemas jurídicos. Al propio tiempo, y para tranquilidad de la seguridad jurídica, el recurso a los principios crea la ilusión de que así se evitan los riesgos e incertidumbres que comporta siempre el reconocimiento del arbitrio judicial, de la función normativa de la doctrina científica, o de la apelación a las distintas versiones del derecho natural (...)”. PÉREZ LUÑO, A. E, *Los principios...*, op. cit, p. 22-23.

tildarlos de *entes que no existen*.⁴¹ Se desconocen así categorías filosóficas esenciales. Lo *ideal* o *abstracto* no es un concepto antagónico con respecto a *lo real*. Toda construcción abstracta es, en efecto, real, en tanto resultado de un proceso creativo que se objetiva en determinadas esferas sociales. En este caso en particular, los principios generales del Derecho son, aunque no en todos los casos, arquitecturas abstractas objetivadas históricamente en el espacio jurídico.

Otro autor que niega la existencia de los principios generales del Derecho, esta vez desde una perspectiva realmente empobrecida en comparación con la de PÉREZ LUÑO, es Rafael HERNÁNDEZ MARÍN. En su exposición sobre la *concepción estándar* y la *concepción realista* del Derecho, entiende que la primera es aquella que: "(...) se enseña a los alumnos de las facultades de Derecho, en las aulas y en los libros de texto, y que es compartida por la mayoría de los juristas (...)". Configurándose como tesis central de esta concepción: "(...) la afirmación de que los componentes esenciales del Derecho son la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho (...)". A *contrario sensu*, llama *realista pura* a la que sostiene: "(...) que del Derecho solamente forma parte la ley; y además que la ley es un hecho (...)". Implicando esta concepción realista: "(...) 1) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2) que no hay más Derecho positivo que la ley; 3) que no hay más ley que el texto de la ley; y 4) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico (...)".⁴²

No es necesario advertir que el abrazo de la directriz *realista pura* por parte de este autor inhabilita la posibilidad existencial de los principios generales, resultando curioso que, dado el desarrollo *iusfilosófico* operante en España al momento de realizarse dicho juicio, se enarboles esquemas de razonamientos

⁴¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los principios...*, op. cit., p. 21.

⁴² HERNÁNDEZ MARÍN, R., "La concepción estándar y la concepción realista del Derecho," *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XII, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1995, pp. 347-348.

de tan marcado normativismo. Con gracejo tilda el precitado autor de idealistas a aquellos que entiendan al Derecho más allá del derecho positivo, cuando, en buena técnica hegeliana, toda su teoría es idealista, pues estudia un fenómeno (el jurídico) en una de sus aristas y no en su totalidad, apartando, no metodológica sino ontológicamente, aspectos que ciertamente le conciernen.

Un poco más moderado, aunque igualmente tendente al positivismo, es el posicionamiento de PRIETO SANCHÍS.⁴³

La moderación de su criterio radica en dos cuestiones, a saber: la consideración de la costumbre, proscrita en la concepción *realista pura*, y la aceptación de la concurrencia de los principios generales en lo que a interpretación del Derecho interesa, incluso con el apelativo de *creación* del mismo. No obstante, su limitación a la actividad interpretativa y al desprendimiento normativo de los principios⁴⁴ hace que su

⁴³ Según este autor: "(...) los principios no existen como fuente anterior a la interpretación (...) aluden a una entidad fantástica (...)". Apostillando más adelante que: "(...) en realidad, bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas (...); los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa. Esto significa que las fuentes del Derecho no son en pie de igualdad la ley, la costumbre y los principios generales, sino más bien la ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas (...)". PRIETO SANCHÍS, L, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1998, pp. 49-50.

⁴⁴ Una visión diferente es la ofrecida por Hermann HELLER en su *Teoría del Estado*: "(...) El precepto jurídico recibe toda su fuerza moral obligatoria exclusivamente del principio ético del derecho, supraordenado. Este principio del derecho, sin embargo, se distingue del precepto jurídico por su carencia de seguridad jurídica o certeza jurídica, que consiste, de una parte, en la certidumbre de su sentido, en la determinación del contenido de la norma, y, de otra parte, en la certeza de su ejecución (...). Los principios del derecho proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el *status* jurídico entre los miembros de la comunidad jurídica; no suministran una decisión para el caso concreto. Fáltales para ello el carácter de determinación taxativa, o sea, que se precisa siempre de una decisión sobre lo que, en una situación de intereses determinada espacial, temporal y personalmente, debe ser derecho según aquellos principios. Sobre la base de idénticos principios jurídicos cabe que sean posibles (y a veces incluso tienen que serlo) decisiones jurídicas diversas, lo mismo ordenaciones jurídicas, constituciones que leyes, sentencias y

análisis, si bien no erróneo, devenga insuficiente, lo que bajo ninguna circunstancia significa rechazar que en el proceso de concreción de los principios⁴⁵ se tenga como presupuesto un ejercicio de interpretación. Sin embargo, se defiende al calor de esta exposición una variante que los entiende desde una óptica de funcionalidad superior en el ordenamiento jurídico.

Visto lo anterior, resulta atinado llegar a una conclusión intermedia que ha de guiar toda la exposición subsiguiente: *la existencia plena de los principios generales del Derecho sólo puede ser defendida coherentemente desde una visión compleja y multidimensional del Derecho*. Así, según la visión ontológica de la que participe el jurista, los principios serán concebidos como reservorio de los fundamentos, como la esencia, como la verdad misma del Derecho o, en sentido opuesto, como arquetipos del lenguaje o del metalenguaje jurídico utilizados como herramientas discursivas, siendo la misión del operario el manejo de significados disímiles en relación con la función que de estos se pretenda. Por esta razón, es indispensable dejar pautas de la concepción óptica de la que se trae causa.

actos administrativos. Pero tanto la certidumbre de sentido como la certidumbre de ejecución requieren la existencia de un poder autoritario que declare y ejecute lo que en cada situación concreta debe ser derecho (...). HELLER, H, *Teoría del Estado*, Versión española de Luis Tobío, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 248-249.

⁴⁵ Según GUASTINI, que como es conocido participa en lo que interesa al tema de un *no cognitivismo ético* que deriva en un *relativismo ontológico* que entiende a los principios generales como meras construcciones del lenguaje carentes de esencia: "(...) *D'altro canto, le norme inesprese servono non solo per colmare lacune (vere o presunte), ma anche per concretizzare principi. I principi, essendo altamente indeterminati (fattispecie aperta, contenuto generico, derogabilità, etc.), non sono atti a fornire direttamente la soluzione di una controversia. Nel senso che non possono fungere da premesse in ragionamenti deduttivi – Gli assassini devono essere puniti. Tizio è in assassino. Quindi Tizio deve essere punito – la cui conclusione è un precetto individuale e concreto. Per contribuire alla soluzione di controversie, i principi devono essere concretizzati. Concretizzare un principio consiste nell'usarlo come premessa – in un ragionamento normalmente non deduttivo – per costruire una regola inespressa, essa sì idonea a risolvere la controversia (...)*". GUASTINI, R, "Interpretare, costruire, argomentare," *Osservatorio sulle fonti*, 2915, p. 23. Disponible en www.osservatoriosullefonti.it.

IV. Perspectivas doctrinales sobre la conceptualización y las diferentes formas de manifestación de los principios generales del Derecho

Lo referido a los principios generales del Derecho es una cuestión que irradia en todos los espacios del saber jurídico, desde todos ellos se pueden arrojar conclusiones que enriquezcan lo concerniente a su concepto, naturaleza, funcionalidad, caracteres, entre otros pendientes. Esto se explica por la sencilla razón de ser diferenciado, en la mayoría de las ocasiones, el rol que estos desempeñan en cada uno de esos espacios, ya sea en su condición de fuente, de elemento orientador, de pauta argumentativa, o cualquier otra de sus funciones, situación que enmaraña, a la vez que enriquece todo acercamiento concienzudo al tema. No obstante, ha sido meridiana la opinión de DE DIEGO,⁴⁶ en tanto compete a la Teoría y a la Filosofía del Derecho arrojar los fundamentos ontológicos y epistemológicos que permitan dibujar un cuadro explicativo cabal de esta complejísima categoría jurídica.

Tras los intentos de conceptualización de los principios generales del Derecho, marcados muchas veces por la ambigüedad y el relativismo, tanto en su dimensión y significación externa (sentido del *nomen*), como en el contenido mismo que le es propio, se esconde una maleza *iusfilosófica* que ha fungido como plataforma condicionante. Es claro que un ejercicio de tanta relevancia ha de estar en íntima consonancia con la visión genérica que del fenómeno jurídico se tenga, pues los principios

⁴⁶ El tema de la disertación -dice DE DIEGO- es harto sugestivo y sobre él: "(...) se han pronunciado en abundante literatura la Filosofía y la Dogmática jurídicas; como que representa uno de los más claros y fuerte vínculos de conexión y enlace entre una y otra disciplina. Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más alto y comprensivo sentido son materia propia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y éste pertenecen desde luego y dentro de su competencia están, cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva (...)". DE DIEGO, C, "Prólogo," DEL VECCHIO, G, *Los principios generales del Derecho*. Traducción y Apéndice de Juan OSSORIO MORALES, Barcelona, Editorial Bosch, 1993, p. VI.

generales son un puntal cardinal en la construcción metodológica de la ciencia jurídica.⁴⁷ Lo que le ha permitido asumir diferentes ropajes en el devenir de la historia del pensamiento.

Delinear los contornos del objeto que interesa a esta investigación, muchas veces representado no como un concepto unitario sino como una *famiglia numerosa e piuttosto eterogenea di concetti*,⁴⁸ deviene en una actividad intelectual polémica, para nada agotada, permeada de contradicciones, de retrocesos y de posturas que si bien en algunos casos comparten visiones comunes, en otros son claramente antagónicas.⁴⁹ Realizándose así la máxima de BOBBIO que reza “(...) *con questa espressione* (la de principios generales del Derecho) *si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto* (...)”.⁵⁰ Este dinamismo y esta confusión que sirven de aureola al análisis que se realiza es una muestra proporcional a la magnitud de su importancia.

⁴⁷ Al decir de Manuel ARAGÓN: “(...) Al margen de las diferencias de razonamiento, la admisión de los *principios jurídicos* será, pues, un lugar común en la Ciencia del Derecho, incluidos los diversos sectores del positivismo jurídico con la sola excepción del normativismo kelseniano. La *jurisprudencia de conceptos*, la *jurisprudencia de intereses*, la *jurisprudencia sociológica*, la *jurisprudencia valorativa*, a lo largo del siglo XIX y el primer tercio del XX, y por vías más elaboradas que las del simple *iusnaturalismo* (al que no puede atribuirse la mejor paternidad teórica del principialismo jurídico, salvo que ese principialismo se degrade) aceptan que los *principios* forman parte del Derecho. Más aún, en todas esas teorías se relacionan, aunque con diferente grado de intensidad, los principios jurídicos con los institutos jurídicos, como ya lo hiciera desde el primer momento Savigny (...)”. ARAGÓN, M, “La eficacia jurídica del principio democrático,” *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, Año 8, Madrid, septiembre-diciembre de 1998, p. 10.

⁴⁸ BOBBIO, N, *Contributi...*, op. cit, p. 263.

⁴⁹ En el sentir de la profesora Veronique CHAMPEIL-DESPLATS: “(...) Una de las claves de este misterio (el de los principios generales del Derecho) reside en el hecho de que los principios jurídicos, como el derecho en general, son objeto de dos enfoques ontológicos y metodológicos radicalmente opuestos, irreductibles el uno del otro. Aunque la atención recíproca sería la más elevada, las respuestas que aportarán unos dejarán siempre insatisfechas las expectativas de los otros. El único error frente a esta dualidad de posiciones sería, a nuestro juicio, el querer superar y conciliar lo que no puede ser, al precio de un sincretismo perjudicial para el rigor de demostraciones de pretensión científica (...)”. CHAMPEIL-DESPLATS, V, “*Production et sens des principes: relecture analytique*”, *Diritto ed Questioni Pubbliche*, Palermo, 2012, p. 1.

⁵⁰ BOBBIO, N. *Contributi...*, op. cit, p. 273.

El Derecho es, esencialmente, un fenómeno de orden que se construye históricamente y que se manifiesta de forma profusa. Normativiza conductas, expresa y consagra valores⁵¹ a la vez que declara principios, los cuales tienen una existencia objetiva, racional y demostrable científicamente. En consecuencia, el jurista, auxiliándose de la metodología adecuada, puede identificar los órdenes sociales y morales que configuran la proyección deontológica de lo jurídico en una época determinada, esto es, su *deber ser* en pos de la consecución de la justicia. Toma sentido entonces lo defendido en las notas históricas, donde se amparaba la noción de los principios como componentes fundantes⁵² de los ordenamientos jurídicos y como guías ciertas de legitimación y optimización de los mandatos que estos contienen. Sobre estos dos particulares, a saber, *la legitimación* y *la optimización* en el despliegue de los principios, merece la pena traer los razonamientos de dos connotados autores.

Ronald DWORKIN comenzaba su análisis sobre la base de la siguiente distinción: “(...) en la mayoría de los casos usaré el término *principio* en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas (...) en ocasiones seré más exacto y distinguiré entre *principios* y *directrices políticas* (...) Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (...)”.⁵³

⁵¹ Cfr. PECES-BARBA, G, *Los valores superiores*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A, 1984, pp. 47-114.

⁵² Para Miguel REALE: “(...) ciñéndonos al aspecto lógico de la cuestión, podemos afirmar que los principios son verdades fundantes de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de investigación y de praxis (...)”. REALE, M, *Introducción al Derecho*, Madrid, Editorial Pirámide, S.A, 1982, p. 139.

⁵³ DWORKIN, R, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta GUSTAVINO, Barcelona, Editorial Bosch, 1984, p. 72.

Por su parte Robert ALEXY dejaba sentado que: “(...) El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos (...)”.⁵⁴

En medida no despreciable, las opiniones de DWORKIN y ALEXY han marcado los debates actuales sobre los principios generales del Derecho,⁵⁵ dando cabida a dos tendencias, una *esencialista* a través de la diferenciación con las reglas, y otra *teleológica*, que, una vez radicalizada esta distinción, los entiende como proposiciones que prescriben que algo debe realizarse en la medida de lo posible. Sobre estas cuestiones se volverá un poco más adelante, no sin antes mostrar algunas reflexiones de carácter general.

⁵⁴ ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86. Un poco más adelante acotaba ALEXY que: “(...) Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas (...)”. ALEXY, R, op. cit, p. 99. De este mismo autor *vid.*, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica,” *Revista Doxa*, No. 5, Alicante, 1988, pp. 139-151. Disponible en www.cervantesvirtual.com.

⁵⁵ Para VIGO: “(...) Uno de los aportes más importantes de autores como ALEXY o DWORKIN es haber batallado con éxito en contra de las visiones exclusivamente normativistas del derecho, valiéndose para ello de los *principios*. Estos están en el derecho sin necesidad de test de origen o pedigree (DWORKIN) y son mandatos de optimización (ALEXY) en tanto mandan la mejor respuesta posible a tenor de las posibilidades fácticas y jurídicas que se den en el caso (...)”. VIGO, R. L, *De la Ley al Derecho*, México DF, Editorial Porrúa, 2012, p. 267.

Como todo fenómeno de configuración social, el Derecho se expresa, y puede ser entendido, desde enfoques generales y particulares, no perdiendo de vista que la integración y concordato de los resultados de estos enfoques intelectivos es indispensable, pues reafirma el carácter de sistema del mismo, configura su unidad y coherencia epistémica y lo consagra como unidad lógica homogénea. Ahora bien, la observancia que necesariamente debe existir entre las construcciones generales y particulares *ab intra* del Derecho no supone una jerarquía rígida de desprendimiento en el razonamiento, es decir, no es la unilateralidad sino la bilateralidad la que caracteriza el proceso constructivo. Así, la conectividad lógica de la ordenación jurídica se puede fundamentar tanto, descendiendo de un elemento general hacia uno particular, como ascendiendo de uno particular a uno general. Radica en este pendiente la auténtica dialéctica del saber jurídico, conjugando los ejercicios de concreción y deducción, respectivamente, en la aprehensión de la ciencia del Derecho. Este razonamiento compete a la perspectiva epistemológica, donde la reciprocidad del nexo entre lo general y lo particular no quiebra el sentido de los postulados lógicos, pues, como ha de suponerse, la perspectiva metodológica, utilizada en las estrategias de enseñanza, exige una consecuencia relacional más estricta (*v. gr.* el conocimiento cabal de la actividad de policía supone un conocimiento general sobre el funcionamiento de la Administración Pública y la finalidad de sus actuaciones).

En cierta medida, esta concepción global es la que late en la diferenciación (en atención al grado) que propone DWORKIN, entre las reglas y los principios como base de su crítica al positivismo. En este sentido, los principios comparten un carácter genérico superior (orientan, no brindan instrucciones exactas de lo que hay que hacer en cada caso) al de las reglas (*rules*), pues no tienen claramente establecidas sus condiciones de aplicación, cuestión que por naturaleza contienen las reglas, al menos potencialmente, dado que estas requieren una decodificación a través de la interpretación que salve la vaguedad o ambigüedad

del lenguaje normativo. Ahora bien, según el sucesor de HART⁵⁶ en Oxford, el proceso creativo en la dinámica de las reglas y los principios es de doble sentido, esto es, se pueden crear reglas sobre la base de principios, y principios sobre la base de reglas ya existentes que sinteticen la orientación, alcance y sentido normativo de las mismas.

La importancia de este pensamiento no radica, obviamente, en su pretendida novedad, pues como ha quedado demostrado el tratamiento de los principios generales es mucho más antiguo. Su relevancia más notable gravita en atacar los fundamentos de la teoría del Derecho de arraigo en los estudios occidentales del momento y que de alguna forma se refleja en los casos ya vistos (PÉREZ LUÑO, HERNÁNDEZ MARÍN, PRIETO SANCHÍS). Así, tanto la negación de KELSEN como consecuencia de su teoría pura,⁵⁷ como la enarbolada por ALCHOURRÓN y BULYGIN, que los entienden como meras normas no coactivas (indistinguibles de las reglas), caracterizadas por la generalidad o indeterminación semántica de las propiedades relevantes del caso o, en peor situación, como enunciados sin ningún valor para el sistema normativo,⁵⁸ realzan la teoría de DWORKIN, insertándola en un debate, no concluido, que intenta situar en su lugar preciso a los principios generales del Derecho.

⁵⁶ Según la apreciación de HART, "(...) En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa (...)". HART, H. L. A, *El concepto de Derecho*, Traducción de Genaro R. CARRIÓ, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961, p. 155.

⁵⁷ Cfr. KELSEN, H, *Teoría general...*, op. cit, p. 125.

⁵⁸ *Apud* ALCHOURRÓN, C. E. y E. BULYGIN, op. cit, pp. 124-130.

En estos razonamientos genéricos están los cimientos de las variadas aproximaciones que constatan el carácter policromático del tema. Acercamientos que parten de asegurar la existencia de los principios generales pero que difieren en la delimitación de sus contornos y la identificación precisa de su contenido en atención a su estructura lexical, lo que ha suscitado en algún sector de la doctrina la idea de sustituir el término *principios* por el de *enunciados calificados de principios*,⁵⁹ significación que se comparte por entender que puede tributar a la figuración dinámica del tópico, advirtiendo que bajo ningún criterio esto supone caer en posicionamientos relativistas.

La doctrina francesa, en voz de Franck MODERNE, hace eco de la sistematización realizada por WROBLESKI en su *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, así, los principios generales del Derecho pueden encontrar cabida en las siguientes tipologías:⁶⁰

- Los *principios positivos del derecho*: normas explícitamente formuladas en los textos de derecho positivo, o al menos construidas a partir de los elementos contenidos en estas disposiciones.

⁵⁹ Cfr. CHAMPEIL-DESPLATS, V, op. cit, p. 6. También se ha impuesto en algún sector de la doctrina europea la sustitución del adjetivo *generales* por el de *directores*. Esta peculiaridad traspasa la intencionalidad semántica y se introduce en el campo de geopolítica jurídica, entendiéndose a los *principios directores* como aquellos que concentran el tronco común del Derecho Comunitario. Se realiza así la historia y los valores políticos y culturales compartidos por las naciones en cuestión, tal y como se desprende del artículo F, párrafo 1 del Tratado de Amsterdam, donde se establece que: "(...) La Unión está fundada sobre los principios de la libertad, de la democracia, del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, como también en el Estado de derecho, principios supraconstitucionales, susceptibles de irrigar a la vez la Unión Europea y los Estados miembros, sobre bases que no sean exclusivamente económicas, sino más bien políticas (...)". Sin lugar a dudas esta realidad requiere de mecanismos de armonización que posibiliten la supremacía del *ius comunitatis* y la efectiva competencia de las Cortes Europeas. En consonancia, CHUECA SANCHO ha dicho que: "(...) a través de los principios generales: "(...) se mantiene la progresión y la coherencia del ordenamiento comunitario. Coherencia que aseguran firmemente (a) los principios fundamentales de la Comunidad Europea (...)". CHUECA SANCHO, A. G, "Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario," *Revista de Instituciones Europeas*, No. 3, Vol. 10, septiembre-diciembre de 1983, p. 868.

⁶⁰ Cfr. MODERNE, F, op. cit, pp. 26-27.

- Los *principios implícitos del derecho*: reglas tratadas como premisas o consecuencias de las disposiciones del derecho positivo, sin estar ahí expresamente enunciadas.
- Los *principios extrasistémicos del derecho*: reglas consideradas como principios, pero que no pueden ser ordenadas en las dos primeras categorías, pues son exteriores al derecho positivo.
- Los *principios-nombres del derecho*: denominaciones sin carácter normativo que caracterizan los rasgos esenciales de una institución jurídica.
- Los *principios-construcciones del derecho*: instrumentos conceptuales propuestos para la elaboración dogmática del derecho o en la aplicación y la interpretación jurídica.

Si bien este esfuerzo de acopio tiene como objetivo fundamental mostrar el carácter polisémico del término, lo que redundará en un colorido conceptual, lo cierto es que deviene en prototipo del tratamiento que, en observancia de su existencia u operatividad, han merecido los principios generales en las diferentes escuelas de pensamiento filosófico-jurídico. Resulta curiosa la tercera clasificación, pues en cierta medida es ajena a la idea de vinculación jurídica en clave principalista, dado que se limita a factores descriptivos y caracterizadores de determinadas figuras, siendo equivalente, desde una perspectiva práctica, a la afirmación de la inexistencia de estos.

Los trabajos de los autores alemanes, sobre todo ESSER y LARENZ, prestan especial atención a la diferenciación y relación existente entre los principios de Derecho positivo y los principios de Derecho justo. El primero de los tratadistas defiende la existencia de principios de Derecho positivo que, por una parte, subyacen en una regulación legal, y por otra, se hacen valer en la jurisprudencia sin importar que resulten, a primera vista, desconocidos o inmersos en fundamentaciones aparentes. Así, en su diferenciación de los principios con las normas entiende a los primeros como insuficientes para constituir por sí mismos

un mandato, pues su rol es el de ser la base, el criterio o la justificación misma de dicho mandato.⁶¹

LARENZ, después de afirmar que: “(...) los principios no son cabalmente reglas acabadas (...) pues son (...) los fundamentos iniciales de una regulación, que pueden recibir concreción de diferente modo en una regulación intelectualmente fundada en ellos (...) es sólo el primer paso en la consecución de una regulación, al cual tienen que seguir después otros (...)”,⁶² se pregunta si todos los principios de Derecho positivo son principios de Derecho justo, a lo que responde, con notables toques de *iusnaturalismo*.⁶³

Esta idea primaria de los principios tiene un antecedente importante en la fenomenología de SCHREIER, quién dedicó una obra a: “(...) buscar los principios supremos del derecho (...)”.⁶⁴

⁶¹ Sigue este autor, en lo que interesa a multiplicidad conceptual de los principios generales, el acercamiento de clasificación que propone SPERDUTI, que distingue las tipologías siguientes: Principios sistemáticos y doctrinales, así como los de la *lex artis* jurídica (principios científicos); Principios inmanentes de las instituciones positivas y los principios lógicos que se imponen inmediatamente al pensamiento jurídico (principios normativos); Principios de la justicia material, en tanto que no hayan recibido una incorporación positiva, y otros principios directivos o *guides* (principios informativos, de la política y heurísticos de la teoría); Las reglas del arte, principios de la interpretación y reglas de la prueba; Los axiomas de la lógica y la experiencia jurídicas; Las máximas y *regulae iuris*, de valor más didáctico que constructivo o substantivo.

⁶² LARENZ, K, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, Madrid, Civitas Ediciones, S. L, 1985, p. 35.

⁶³ Para este alemán: “(...) si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, los principios no podrían servir como criterio para discernir si un determinado Derecho positivo está en el camino hacia la justicia y si su pretensión de validez está justificada (...); si se entiende por principios del Derecho (...) a los pensamientos directores de una regulación jurídica, es manifiesto que hay unos principios que desde el punto de vista del Derecho justo son injustos y otros que son intercambiables, de suerte que no están exigidos y son por ello en cierta medida neutrales (...)”. LARENZ, K. *Derecho justo...*, op. cit., p. 37. En otra obra de igual calado LARENZ expresó que: “(...) los principios son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se abren paso en la conciencia jurídica general y encuentran su expresión en la ley y en la jurisprudencia (...)”. LARENZ, K, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1966, p. 326.

⁶⁴ SCHREIER, F, *Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría formal del Derecho y del Estado sobre base fenomenológica*, Traducción de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ,

También merece este tratamiento el sociologismo de James GOLDSCHMIDT, que como alternativa a su polémica concepción sobre las fuentes del derecho, propuso la averiguación científica del *dinamismo* que lo produce.⁶⁵ A su vez, el historicismo de STERNBERG sirvió de savia orientadora de las aseveraciones anteriores, pues si bien parte de negar categóricamente la existencia del derecho natural, participa de una visión dinámica del fenómeno jurídico, influenciado por el ambiente en el que se realiza y contentivo de principios generales que lo definen esencialmente.⁶⁶

Se observa al tenor de estas selectas referencias que el tema de los principios generales, si bien constituye un reservorio técnico, también se arroja de construcciones axiológicas (consagración y medidor de justicia) y de conceptos derivados de la moral. Esta situación, en virtud de introducir otros elementos a considerar, amplía la funcionalidad de los principios, atribuyéndole un sentido más allá de lo normativo, esto es, de guía, de ordenación, de fundamentos, lo que responde, tal y como quedó plasmado *supra*, a una concepción compleja y multidimensional del fenómeno jurídico genéricamente comprendido.

También resulta prudente, por su valía, rememorar las opiniones del italiano Gustavo ZAGREBELSKY, muy en consonancia con los criterios alemanes ya vistos. Para él la exigencia de positivación en materia de principios generales del Derecho: “(...) deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas

Buenos Aires, Editorial Losada, S.A, 1942, p. 29.

⁶⁵ *Apud* GOLDSCHMIDT, J, *Problemas generales del Derecho*, Obra póstuma, Prólogo de Eduardo J. COUTURE y Nota Bio-Bibliográfica de Niceto ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944, pp. 66-67. Entiende este autor que: “(...) en realidad, la ley y el derecho consuetudinario son dos formas del derecho, pero no las fuentes del mismo. La equivocación se corrige, pero sólo formalmente, sustituyendo ley y derecho consuetudinario por el acto estatal que manda el cumplimiento de la ley (*ita ius esto*), o bien por la costumbre (*inveterata consuetudo*) que manifiesta el derecho consuetudinario. Hasta hoy día, la ciencia jurídica ha descuidado la averiguación de las verdaderas fuentes del derecho, a saber, el dinamismo que produce el derecho (...)”. GOLDSCHMIDT, J, op. cit, pp. 66. También *vid* su concepción cultural del Derecho y de la Justicia, op. cit, pp. 16 y ss.

⁶⁶ *Apud* STERNBERG, T, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, Editorial Labor, 1940, S.A, pp. 20-33 y 125 y ss.

normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que solo es necesario como *válvula de seguridad* del ordenamiento. Una vez más, el positivismo se revela como una ideología distorsionadora en el campo del Derecho (...).⁶⁷

Con este posicionamiento se coloca el autor en la línea defensiva de este trabajo, esto es, el rechazo de la inclinación positivista⁶⁸ en virtud de la cual los principios generales son entendidos como derivaciones normativas de segundo (o tercer) orden, llamados únicamente a salvar las falencias regulativas de la ley u otras disposiciones legales, obviando su matiz informador, su carácter de sostén y su vocación de integración del ordenamiento jurídico, además de la expresión de valores y el carácter creativo que suponen.⁶⁹

⁶⁷ ZAGREBELSKY, G, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 117. También refería este autor: "(...) Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley (...)". ZAGREBELSKY, G, op. cit, pp. 109-110. Esta afirmación ha sido enjuiciada en la doctrina cubana por la profesora FERRARI YAUNNER, quien sostuvo: "(...) Aunque este criterio ofrece un análisis interesante que sustenta el carácter informador de la Constitución con respecto a todo el ordenamiento, lo que se logra muchas veces por la cantidad de principios que en esta se enuncian, nos parece demasiado extremo el criterio del autor, ya que no es solo en la Constitución donde aparecen enunciados importantes principios (...)". FERRARI YAUNNER, M, *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*, La Habana, Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas bajo la tutoría de la Dra. Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ, 2010, p. 99.

⁶⁸ Cfr. ALBERTI, E, "El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)," *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, tomos XIII y XIV, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, 1996-1997, pp. 39-44. En el mismo *Anuario...*, vid. los trabajos de Alfonso GARCÍA FIGUEROA ("El no positivismo principalista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky," pp. 87-109) y Luis PRIETO SANCHÍS ("El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? A propósito de El derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky," pp. 125-158).

⁶⁹ También destaca en la doctrina italiana el criterio de GUASTINI, para quien el término principio puede designar los enunciados presentando: un grado de generalidad (por oposición a enunciados expresados en las normas individuales o especiales); un grado de abstracción (por oposición a los enunciados que designan las clases de elementos provistos de una

Otra categorización interesante sobre la multiplicidad de aristas que entrañan los principios generales es la defendida por PÉREZ LUÑO.⁷⁰ Este trabajo sistematizador, que ha tenido buena acogida en la doctrina española,⁷¹ resalta por su simplicidad y claridad expositiva. La visión tripartita que sostiene este autor al respecto se puede resumir en los siguientes postulados:

- Los principios generales como *metanormas*: se trata de lo que puede considerarse como su significado *metodológico* en el que aparecen entendidos como *principia cognoscendi*, es decir, como reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas. A través de este uso lingüístico los principios se consideran jurídicos por referirse al derecho, por suministrar una base lógica o técnico-formal que contribuye a la comprensión y aplicación de las normas de primer grado. Junto a esta acepción de los principios del derecho como metanormas tiene también un significado metodológico la concepción de los principios del derecho como *ratio legis* o *mens legis* de las normas, o sea, como la finalidad, objetivo o *policy* perseguido por las normas y que deben orientar su interpretación teleológica y evolutiva.

correspondencia identificable en el mundo físico); un carácter programático (y no prescriptivo o inmediatamente realizable); un nivel elevado en la jerarquía de las normas (legislativo, internacional, constitucional o incluso supra-constitucional); una función estructural o fundamental en el sistema jurídico o en una rama de éste; una función de selección o de interpretación de los textos aplicables a un caso. GUASTINI, R, "Sui principî di diritto," *Diritto e società*, No. 4, Padova, 1986, p. 601.

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *La seguridad...*, op. cit, pp. 30 y ss.

⁷¹ Cfr. BELADIEZ ROJO, M, (2010). *Los principios jurídicos*, Madrid, Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010, pp. 39-55; y RODRÍGUEZ BOENTE, S. E, *Los principios generales del Derecho*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, pp. 43 y ss. También *vid* las consideraciones de Guillermo G. VALDECASAS en su trabajo "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil," *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXVIII, Fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, abril-junio de 1975, pp. 331-336.

– Los principios generales en sentido *ontológico* o como *principia essendi*: desde este enfoque los principios generales son invocados por el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas. Conviene advertir que en esta acepción la juridicidad de los principios obedece a su propia condición de elementos o partes integrantes del ordenamiento, que se refiere a ellos de forma *expresa* o *tácita*, ya que hay que entender que si los principios jurídicos fueran únicamente los explícitamente recogidos en los textos normativos no tendría sentido reiterar en una disposición expresa su carácter de fuente y la posibilidad de su aplicación. También poseen un sentido ontológico aquellos principios que los operadores jurídicos pueden inducir por abstracción y generalización a partir del sistema de las normas positivas; así como las máximas, aforismos o brocados de la tradición jurídica; las fuentes misteriosas a las que, en ocasiones, se atribuye la génesis del derecho a través de la historia; los principios políticos inspiradores del sistema jurídico; o las categorías formales de la dogmática que expresan la naturaleza jurídica o esencia de los conceptos jurídicos fundamentales.

– Los principios generales en *dimensión axiológica*: como los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico. En esta acepción lingüística se entiende que los principios son jurídicos porque el derecho se remite a ellos como término o canon de aspiración (así, cuando las normas apelan a principios que expresan las exigencias básicas de los valores de la justicia, el bien común, la moralidad, o el *ethos* social); o bien porque se considera que deben ser parte integrante del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho.

Si bien, como ya quedó expuesto, no se comparte la directriz de este autor al entender a los principios generales como *mitos jurídicos*, justo es decir que el anterior ejercicio de síntesis de perspectivas resulta muy atinado, pues en él se exponen,

aunque sea para mostrar lo defendido por diversos autores de forma unilateral, los diferentes cauces deductivos que, desde una visión compleja, se deben tomar en consideración para estructurar un concepto unitario y coherente con la variedad de funciones que juegan los principios generales en los diversos planos de la ciencia jurídica. Sobre estos cauces categoriales se construirán los razonamientos que siguen.

V. Principios, valores y reglas. Nociones distintivas

Después de haber realizado un recorrido por representativos posicionamientos doctrinales, resulta sensato dejar sentando que los principios generales del Derecho se resisten a una conceptualización esquemática, esto es, que no contenga en sus límites las variadas condicionantes y las disímiles manifestaciones que estos pueden presentar.⁷²

Con palabras no muy amables, el italiano Emilio BETTI refería esta cuestión aduciendo que a la *ripugnanza che i principi generali oppongono a una precisa formulazione*.⁷³ A similitud, Georges MORANGE se proyectaba aseverando que: “(...) *faire référence aux principes généraux du droit, c'est faire référence à un concept qui, au fil des ans, est devenu de plus en plus ambigu. (...)*”.⁷⁴ Mientras que BUENO, con enfoque filológico,

⁷² Comentó SPOTA que estos son: “(...) principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones universales. La disociación entre la ley y la vida del derecho, entre la norma escrita y la costumbre o la práctica, y que surge con las innovaciones económicas, sociales, políticas, etc.; el progreso de la técnica; la circunstancia de que el derecho no es algo invariable; la perfección misma de la idea de justicia; todo ello va tornando en imperativo la necesidad de adecuar la ley a la vida, a la realidad social, a las transformaciones que acaecen (...)”. SPOTA, A. G., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, *Parte General*, Vol. I. *Introducción. Concepto del Derecho. Teoría de la Institución. Función de la Doctrina. Jurisprudencia y Costumbre*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1947, pp. 385-386.

⁷³ BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridice (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1949, p. 208.

⁷⁴ MORANGE, G., “Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit,” *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, No. 4, Juillèt-Août, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 761-762. *Vid* también en la doctrina

alertaba sobre el peligro de la expresiones en genitivo, siempre tendentes a la ambigüedad interpretativa,⁷⁵ situación que perfectamente se aplica al objeto de estudio de estas líneas, pues la locución *principios del Derecho* puede hacer referencia a la existencia de principios propios del Derecho o al influjo de principios extrajurídicos en este saber,⁷⁶ esto sin restar atención a la complicada connotación lingüística, ya referida, del término de adjetivación *generales*.

Lo primero a resaltar para el entendimiento cabal de la categoría tratada es el ya aludido combate a la salida positivista.⁷⁷ El reconocimiento de la existencia y el valor operativo de los principios generales del Derecho, no solamente como fuente supletoria, sino como criterios de justificación e interpretación de las normas jurídicas en general, afecta el entendimiento del Derecho (como construcción científica)⁷⁸ y su funcionamiento mismo, tanto en lo que interesa a su sentido ético,⁷⁹ como en su

francesa a BOULANGER, "Principes généraux du Droit et Droit positif," *Le Droit Privé Français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, tome I, *Etudes générales. Droit de la famille*, Paris, Librairie générale de Droit et jurisprudence, 1950, pp. 51-74; CHAPUS, R, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif," *Recueil Dalloz. Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1966, pp. 22 y ss; JEANNEAU, B, "La théorie des principes généraux du droit a L'épreuve de temps," *Études et Documents*, Paris, Conseil de État, 1981-1982, pp. 33 y ss.

⁷⁵ BUENO, G, ¿Qué es la filosofía? Oviedo, Editorial Pentalfa, 1995, p. 41.

⁷⁶ Al respecto *vid* el interesante estudio de ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, op. cit, pp. 101-120. También consultar CARRIÓ, G. R, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1986, *in integrum*.

⁷⁷ *Apud* GUIBOURG, R. A, *Saber Derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, S.A, 2013, pp. 200-206.

⁷⁸ Según Miguel REALE: "(...) toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de principios, es decir, de ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber (...)" REALE, M, op. cit, p. 139.

⁷⁹ *Apud* GASCÓN ABELLÁN, M. y A. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Editorial Palestra Editores, 2003, pp. 218 y ss. En opinión de los administrativistas españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: "(...) Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un

alcance regulador propiamente dicho, que debido al papel que estos desempeñan no coincide con el ámbito circunscrito por el derecho positivo en sentido estricto.⁸⁰

El contenido de estos, que en última instancia es un reflejo de las ideas rectoras que transversalizan la esencia de las interacciones dentro un grupo social organizado, se encuentra en íntima relación con los caracteres del contexto cultural en el que se insertan y también responde a los condicionamientos históricos.⁸¹ Se impone un encausamiento sociológico de los principios generales del Derecho, en virtud del cual sean entendidos como un producto de la cultura,⁸² no resultante de la voluntad del aparato estatal, ni de los usos reiterados, sino como un sentimiento

ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles (...). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Editorial Civitas, 2011, pp. 89-90.

⁸⁰ Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, M, *14 lecciones de Teoría del Derecho*, Granada, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 2011, pp. 131 y ss. En sintonía con este autor se encuentra la definición ofrecida por LATORRE: "(...) los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares. Son, en consecuencia, los fundamentos mismos del sistema jurídico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de las normas (...)". LATORRE, A, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1991, p. 65.

⁸¹ El profesor FERNÁNDEZ BULTÉ defendió en este sentido que los principios generales han de entenderse como: "(...) ciertas reglas, postulados, fundamentos y apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son también condicionados históricamente, cambiantes y en pleno y constante desarrollo (...)". FERNÁNDEZ BULTÉ, J, *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2009, p. 234.

⁸² Ross analizó esta cuestión centrándose en la labor del juez: "(...) cuán poco realista es ese tipo de positivismo jurídico que limita el derecho a las normas puestas por las autoridades y que cree que la actividad de juez sólo consiste en una aplicación mecánica de ellas (...), en el cumplimiento de su misión se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural. El ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad. Desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y parágrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea válido. La tradición de cultura adquiere primordialmente significado porque el juez lee e interpreta el derecho en su espíritu (...)". Ross, A, *Sobre el derecho y la justicia*, Traducción de Genaro R. CARRIÓ, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1970, p. 96.

jurídico de carácter universal que la propia dinámica social arroja y legitima, creándose consenso sobre su óptima funcionabilidad en determinado sistema jurídico.⁸³ Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia,⁸⁴ a modo de correlato, identificar dichos sentimientos en pos de que sean tomados en cuenta por el legislador en su labor ordenadora, tanto como sustentadores de toda la estructuración positiva, como en su condición de fuente de Derecho.

En este orden de ideas, se entiende que los principios generales del Derecho requieren para su configuración, al menos potencialmente, de una actividad creativa del jurista. Es decir, son normas jurídicas marcadas por la abstracción, entendidas estas en la bifurcación de reglas y principios, pues, lógicamente, de ellos se derivan formas de actuación a seguir y pautas a cumplir para la encomiable realización de la ordenación jurídica. En el ordenamiento jurídico pueden aparecer *explícitamente* o *implícitamente*, siendo necesaria en este último caso la interpretación que lo extraiga de los enunciados presentes en el mismo.⁸⁵

Llegado el análisis a este punto, salta una interrogante cuya certera respuesta es ineludible: ¿Qué relación y que diferencias existe entre los principios y los valores?

⁸³ Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN: "(...) A los principios generales del Derecho, quien los dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene (...)". DIEZ-PICAZO, L y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, S.A, 1989, p. 165.

⁸⁴ *Apud* CLAVERO ARÉVALO, M. F, "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo," *Revista de Administración Pública*, Año III, No. 7, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, enero-abril de 1952, pp. 60 y ss.

⁸⁵ Se comparte el criterio de BOBBIO sobre este pendiente: "(...) Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué éstos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea, la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado (...)". BOBBIO, N, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, S.A, 1998, p. 251.

La complejidad de la respuesta estriba de un pendiente de lógica conceptual, pues como ya se ha dicho, los principios generales del Derecho también son contentivos de manifestaciones éticas, más si se participa de establecer una sinonimia entre estos y los contornos del derecho natural, entendidos como los constantes movimientos valorativos de la experiencia jurídica.⁸⁶

En un análisis que se realice desde un plano de abstracción considerable, los principios y los valores pueden aparecer como realidades fenoménicas idénticas, pues, como dijera ALEXY, “(...) el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores (...)”.⁸⁷ No obstante, desde el mundo jurídico se abre una diferencia infranqueable, a saber: los principios generales del Derecho son normas jurídicas que, aunque con sus peculiaridades, suponen una actividad conductual sujeta a un grado de vinculación más o menos efectivo.⁸⁸ Los valores, en cambio, son realidades sociales que, más que prescribir, identifican como acertada o desacertada una situación social dada en atención a determinada moral media.⁸⁹ Ahora bien, esto no significa que a través de un principio no se pueda realizar un valor, como muestra de la conectividad compleja de la que participa el Derecho en las inclinaciones sociales.

ALEXY llega a una conclusión similar tomando como sustrato analítico la diferenciación de los *conceptos prácticos* establecida por VON WRIGHT. Así, considerando la existencia de conceptos prácticos *deontológicos*, *axiológicos* y *antropológicos*, queda

⁸⁶ *Apud* BELADIEZ ROJO, M, op. cit, pp. 57 y ss.

⁸⁷ ALEXY, R. *Teoría de los...*, op. cit, p. 138.

⁸⁸ Un análisis profundo sobre las normas jurídicas en AFTALION, E. R, op. cit, pp. 19 y ss.

⁸⁹ Un criterio en contrario fue defendido por PECES-BARBA. En su análisis del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, contentivo de los valores superiores, este autor sostuvo que: “(...) tanto los valores superiores como las diferentes referencias a principios que se hacen en la Constitución se sitúan en el ámbito de las normas. Es decir, no estamos aquí ante una forma de Derecho distinta de las normas como pretende Dworkin, sino que son expresiones que, con su significado, forman parte del contenido de unas normas del Derecho positivo español (...)”. PECES-BARBA, G. *Los valores...*, op. cit, p. 36. También se pronunció en un sentido similar BELADIEZ ROJO, M, op. cit, pp. 101-127.

esclarecido que los principios, en tanto mandatos de un determinado tipo, esto es, de optimización, pertenecen al grupo conceptual deontológico, en virtud de materializarse en ellos el concepto deóntico fundamental de mandato o de *deber ser*. Los valores, por su parte, integran el grupo conceptual axiológico, pues su naturaleza se construye a partir del concepto fundamental de *lo bueno*.⁹⁰

Se puede agregar igualmente el grado diferenciado de objetivación que unos y otros presentan. La amplitud de los valores expresan mayores ataduras subjetivas, pues la condición de que un objeto o comportamiento social sea valorado de tal o más cual manera, supone la determinación de un concepto sujeto a ondulaciones histórico-culturales.⁹¹ Lo mismo ocurre con los principios. No obstante, la vinculación de estos últimos con una realidad técnica innegable y la circunscripción precisa de su

⁹⁰ Apud ALEXI, R. *Teoría de los...*, op. cit, pp. 139-141. Un poco más adelante puntualizaba este autor que: "(...) La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho de lo que se *trata* es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios (...)". ALEXI, R, op. cit, p. 147.

⁹¹ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, E, *Ética*. México DF, Publicaciones del Centro de Estudios de Filosofía de la Universidad Nacional de México, Colección de Manuales Escolares, No. I, 1944, pp. 97 y ss. En el espacio específico de lo jurídico *vid*, BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A, *Filosofía del Derecho. Fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica*, México DF, Editorial Porrúa, 2011, pp. 687 y ss; PAREJO ALFONSO, L, "Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional," *Libro Homenaje al profesor José Villar Palasi*, Madrid, Editorial Civitas, S.A, 1989, pp. 923 y ss; y PAREJO ALFONSO, L, "Constitución y valores del ordenamiento," *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I. *Ordenamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, S.A, 1991, pp. 29 y ss.

operatividad jurídica, los hace menos vulnerables a las apreciaciones subjetivadas.

Como ejemplo de la importante relación existente entre principios y valores se puede referir el auxilio de estos segundos en caso de concurrir una colisión de los primeros. La solución más coherente y eficiente a esta situación radica en la *ponderación* de un principio con respecto al otro,⁹² configurándose lo que se ha dado a llamar en la doctrina *jerarquía axiológica móvil*.⁹³

Así, a través de un juicio valorativo del intérprete, que se encuentra ante la posibilidad aplicativa de dos principios que resultan contrapuestos, uno de los principios es ponderado, esto es, se le atribuye un *peso* mayor con respecto al otro. No obstante, vale aclarar que este supuesto de descarte de un principio a favor de la aplicación de otro no es una operación estática. Al ser un juicio de valor el criterio determinante, cabe perfectamente la posibilidad de que el *principio ponderado* resulte ser *el descartado* al variar cualquiera de las circunstancias operantes en el primer caso. Es por este motivo que la ponderación axiológica de un principio con respecto al otro no puede realizarse en abstracto. Sólo las peculiaridades concretas de la situación fáctica pueden justificar la actuación al respecto del intérprete.⁹⁴

⁹² Apud ALEXY, R. *Teoría...*, op. cit, pp. 89 y ss.

⁹³ Apud ALEXY, R. *Teoría...*, op. cit, pp. 90 y ss; y GUASTINI, R, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, Editorial de la UNAM, Distribuciones Fontamara, Colección de Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, pp. 145-147. GUASTINI ha explicado que: "(...) Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor peso, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe -no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino en el sentido de que se deja de lado (...)" GUASTINI, R, *Estudios...*, op. cit, p. 145.

⁹⁴ Agrega GUASTINI que: "(...) Una jerarquía *móvil*, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso. En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría

En lo que compete a las notas diferenciales entre los principios y las reglas, las aportaciones doctrinales con más virtualidad pueden agruparse en dos grandes sectores, a saber:

- La diferenciación entre reglas y principios se localiza en la peculiar estructura lógica de estos últimos. Así, las reglas serían normas hipotéticas, que conectan precisas consecuencias a no menos precisos (clases de) supuestos de hecho; en cambio, los principios serían normas incondicionadas, es decir, carentes de supuesto de hecho, o, en cualquier caso, con supuesto de hecho abierto, de manera que su campo de aplicación quedaría totalmente indeterminado.
- La diferenciación entre reglas y principios no depende de su contenido normativo, sino, sobre todo, de la posición peculiar que estos últimos ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). Así, los principios serían normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (o a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas (del ordenamiento en su conjunto o de ese particular subsector).⁹⁵

Se observa que de un lado se pondera el aspecto formal, esto es, el alcance y la forma estructural misma de la norma. En otro sentido, lo que se realza como aspecto diferenciador compete al contenido, es decir, la materia que se conjuga y lo que ésta representa para el orden jurídico. Cabe entonces preguntarse si la forma y la materia de un mismo fenómeno no pueden englobarse en una misma construcción teórica. ¿Acaso

la aplicación del principio P2, entonces, en el caso concreto, se prescindirá del principio P2, mientras que, en el caso concreto, se aplicará el principio P1. Pero téngase en cuenta “en el caso concreto”. Nada impide que, en caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P 1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2 (...). GUASTINI, R. *Estudios...*, op. cit, p. 146.

⁹⁵ GUASTINI, R. *Estudios...*, op. cit, p. 133.

forma y contenido no se presentan como un desdoblamiento de una misma realidad?

Ahora bien, en consonancia con lo hasta aquí defendido, es coherente, en lo que interesa a la distinción entre principios y reglas,⁹⁶ asumir la teoría teleológica de ALEXY, ya delineada por DWORKIN,⁹⁷ consistente en entender a los primeros, en su sentido de *directriz* y cánones *programáticos* del ordenamiento jurídico, como *mandatos de optimización*. En este sentido, a diferencia de las reglas (que se aplican al modo de *todo o nada*), los principios pueden ser cumplidos en grados diferenciados, pues ellos atienden a posibilidades jurídicas y no fácticas, dado que no proporcionan las consecuencias que se derivan automáticamente de la realización de condiciones previamente determinadas.

Las cuestiones generales analizadas han de ser atendidas a los fines de determinar la función de los principios generales del Derecho en la realidad jurídica, asunto que será examinado *supra*, no sin antes presentar algunas notas sobre el estado del arte a la luz de las polémicas *iusfilosóficas*.

VI. Naturalismo y positivismo en la fundamentación iusfilosófica de los principios generales del Derecho

Aunque un poco más arriba han quedado expuestas algunas pautas que enmarcan la construcción de los principios generales del Derecho en observancia de la directriz *iusnaturalista*,

⁹⁶ Apud BRAITHWAITE, J, "Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty," *Australian Journal of Legal Philosophy*, No. 27, 2002, pp. 50-52.

⁹⁷ Para DWORKIN la diferencia: "(...) es una distinción lógica. Ambos órdenes de normas señalan decisiones concretas sobre obligaciones legales en circunstancias determinadas, pero difieren por el carácter de solución que ofrecen. Las normas legales son aplicables por completo o no son aplicables en lo absoluto (...). Pero no es así como actúan los principios (...). Aun los que semejan mucho normas legales no establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas (...)". DWORKIN, R, ¿Es el Derecho un sistema de normas?" *Filosofía del Derecho*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 89-90.

oportuno resulta concretar una explicación coherente que deje sentadas las bases para posteriores análisis.⁹⁸

El *iusnaturalismo*, hegemónico⁹⁹ en los estudios filosófico-jurídicos hasta el siglo XIX y con importante virtualidad en el XX,¹⁰⁰ es la tendencia en razón de la cual se puede explicar la esencia más remota de los principios generales del Derecho. En efecto, la dualidad de órdenes jurídicos que propone esta doctrina,¹⁰¹ esto es, el derecho natural entendido como referente y el derecho positivo enjuiciado desde la concordancia o no con esos mandatos dirigentes, posibilitan la defensa de la existencia construcciones de Derecho fuera del ordenamiento jurídico positivo. Estas construcciones, los principios generales del Derecho en este caso, son deducciones abstractas del concepto superior que ha de marcar las pautas de las relaciones jurídicas positivas. Este concepto ha sido variable en la historia,¹⁰² lo que hace que los principios generales hayan asumido la envoltura de ser consecuencia de la ordenación cosmológica de los antiguos, de las ideas objetivas platónicas, de la substancia aristotélica, de la razón divina o de la razón humana. Claro está que no se puede hablar en los inicios de la especulación sobre el derecho natural de la denominación que en la actualidad es manejada, pues obviamente las manifestaciones del fenómeno son muy anteriores a su encuadramiento jurídico.

⁹⁸ Para conocer la opiniones más representativas que sobre este tópico ha formulado la doctrina española *vid* BELADIEZ ROJO, M, *op. cit.*, pp. 39-55.

⁹⁹ En expresión de PASSERIN: "(...) durante más de dos mil años, la idea del Derecho natural ha desempeñado un papel preeminente en el pensamiento y la historia de Occidente (...)". PASSERIN D' ENTRÉVES, A, *La dottrina del Diritto Naturale*, Milán, Comunitá, 1980, p. 13.

¹⁰⁰ Autores como José María RODRÍGUEZ PANIAGUA entienden que el estudio de la doctrina *iusnaturalista* deviene en una efectiva introducción al Derecho. *Cfr.* RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M, *Lecciones de Derecho Natural como introducción al Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1988, pp. 11-67.

¹⁰¹ *Cfr.* GARCÍA MÁYNEZ, E, *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, México, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 1948, pp. 47 y ss.

¹⁰² *Apud* PECES BARBA, G, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1983, pp. 208-242. También *vid* RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M, *op. cit.*, p. 11 y ss.

El *iusnaturalismo* aporta la potencialidad fenoménica a los principios generales,¹⁰³ dejando establecida su posibilidad óntica (*de ser*), y es que, si se quiere, todo el derecho natural es un *corpus* de principios en sí mismo, que apreciando condicionamientos diversos, sirve de substancia y de instrumento de legitimación del derecho positivo.¹⁰⁴ Así, son entendidos como guía y fundamento en los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho, en virtud de encarnar los ideales de orden, justicia o racionalidad que deben ineludiblemente imperar en la dinámica de las relaciones sociales, fijándoseles en este sentido caracteres de permanencia, trascendencia y superioridad,¹⁰⁵ lo que no desdice que la aplicación de

¹⁰³ En opinión de AHRENS: "(...) todo derecho reside en una relación de derecho, y este, completamente definido, es una *relación entre personas, concerniente a un objeto, engendrado por un hecho particular, determinado por un principio o una regla de derecho, para un fin de la vida humana* (...) este principio debe considerarse en su parte ideal y en su parte real y positiva, porque en todo derecho hay que examinar la idea fundamental y las formas por la que ella se expresa en la vida real y se hace una regla positiva, formalmente obligatoria entre los hombres; y finalmente, tenemos que comprobar las relaciones que existen entre estos dos principios (...); el derecho (...) es un principio que, lejos de ser un simple producto de la voluntad humana, es una ley inherente a las relaciones de vida, constituidas por las leyes de desarrollo del hombre y de la sociedad, y por todas las fuerzas físicas y morales que obran en la vida, y el derecho, que manifiesta la conformidad de la voluntad con estas relaciones, exige la sumisión de la voluntad a las leyes que se desprenden de ellas (...)". AHRENS, E, *Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho. Completado en las principales materias, con ojeadas históricas y políticas*, Madrid, Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, 1873, pp. 140-141.

¹⁰⁴ Sobre el rol legitimador del derecho natural para con el derecho positivo *vid*, DIAZ, E, *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1998, pp. 19-41.

¹⁰⁵ *Apud* COSSIO, C, op. cit, p. 246. En opinión del padre de la teoría egológica: "(...) Los principios generales del Derecho, son así, estos juicios estimativos de valor general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre sea posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella pueda implicar. (...). Hoy la ciencia jurídica, a este respecto, ha vuelto en parte a la posición de la Escuela jusnaturalista, y ha vuelto notablemente enriquecida después de la experiencia del siglo XIX (...). Es claro que este regreso a los puntos de vista de la Escuela de Derecho Natural no es un regreso puro y simple. Más que a la Escuela de Derecho Natural, la ciencia jurídica de nuestra época ha regresado al derecho

dichos ideales adopte consecuencias mudables en relación con la realidad social en cuestión.¹⁰⁶

En Italia, Giorgio DEL VECCHIO asume esta propensión en sus estudios generales de Filosofía del Derecho, también inmersa en sus reflexiones particulares sobre el tema en cuestión.¹⁰⁷

natural, que aquella escuela vio con aciertos y desaciertos igualmente notables. El Derecho ligado esencialmente a la naturaleza humana y la naturaleza humana empapada de una metafísica inteligible, son cosas que se han fortalecido casi unánimemente en la Filosofía jurídica contemporánea (...). Este modo estimativo cognoscible e invariable, a diferencia de otros modos estimativos imprevisibles y mutables, nos permite hablar de un ideal de la razón de variable contenido en los términos de un derecho natural, porque su fundamento participa, sin moverse, del movimiento de la historia, tal como el punto céntrico de una esfera permanece inmóvil en su movimiento de rotación. Ésta es la idea de justicia; así en la historia hay lugar para una justicia racional al lado de la justicia irracional; y si ambas valoraciones tienen para la historia el mismo sentido en cuanto justicia, en cambio sólo a la razón pertenece la idea de la justicia y, con ella, las valoraciones del primer tipo (...). Estos juicios estimativos de justicia conformes con la razón son los principios generales del Derecho a que se refiere el legislador cuando, como en el caso de nuestros codificadores, se está en las vías del derecho natural y cuando se confía a la razón la tarea de llenar las lagunas de la legislación, con preferencia a otros criterios estimativos (...). COSSIO, C, op. cit, pp. 249, 250, 256 y 257.

¹⁰⁶ Los comentarios de RECASÉNS SICHES a la obra de Francisco SUÁREZ son ilustrativos a estos efectos: "(...) los principios generales se aplican a la esencia moral del hombre -que es común a todos-, producen normas invariables; pero cuando se proyectan sobre una materia social variable, producen normas cuya validez está condicionada a la existencia de determinadas situaciones concretas; y, así, con el mudar de éstas, cambian también las normas de Derecho natural. He aquí, pues, cómo se dibuja un ensayo de justificada articulación de los criterios estimativos ideales y objetivos con la variedad y con los cambios de la realidad social. La materia social es varia y mudadiza; y, así, ocurre que, aun cuando los primeros principios de Derecho natural sean inmutables, sucede que, al ser aplicados a esa materia social, que aquí es diferente de allá y que se transforma al correr del tiempo, dan lugar a normas también diversas (...)". RECASÉNS SICHES, L, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México DF, Editorial Porrúa, 2008, p. 430.

¹⁰⁷ En opinión de DEL VECCHIO: "(...) Tan erróneo sería negarse a reconocer y concebir dentro de su especie (la del Derecho) un dato jurídico cualquiera alegando que su contenido no está de acuerdo con el ideal, como desconocer este ideal y el valor que le es propio fundándose en que se haya realizado en algún caso de la experiencia jurídica. La verdadera índole del ideal no consiste en suponer que se verifique siempre de hecho en la realidad empírica, sino en considerarlo tal y como es, como esencialmente *supraordinado* a esta realidad, es decir, como algo que tiene vigencia y es verdadero, aun cuando se le opongan eventualidades físicas (...). El Derecho Natural es, pues, el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo (...); el cumplimiento de tal valoración es

Mientras que en España, LEGAZ Y LACAMBRA adopta una visión cultural con marcados tintes sociológicos que engarza con la tradición cristiana occidental.¹⁰⁸

Las palabras de estos dos maestros, alzadas en pleno siglo XX, cuando los estudios *iuspositivistas* cuajaban en todo su

una exigencia insuprimible de la razón y del sentimiento (...). DEL VECCHIO, G, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1942, pp. 483 y 488. En lo relativo a los principios generales este maestro italiano consagra una línea idéntica al defender que: "(...) los intérpretes contemporáneos están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por principios generales del derecho no deben entenderse los principios del derecho natural. Se considera generalmente como un triunfo de la moderna Jurisprudencia el haber derrocado la antigua escuela del Derecho Natural, para dejar paso a una visión exclusivamente histórica o positivista del fenómeno jurídico, según las enseñanzas fundamentales de la *Historische Rechtsschule* alemana, depurada por el transcurso del tiempo de algunos de sus elementos románticos y metafísicos. Verdad es que, como es sabido, el primer intento de aquella fue precisamente oponerse a la idea de la codificación, por lo cual, al menos bajo este aspecto, su decantado triunfo semeja una victoria de Pirro; cierto es, además, que los nuevos Códigos acogieron e hicieron suyos en gran parte los principios del individualismo racional, en que había culminado la especulación *iusnaturalista* de la época precedente; hasta el punto de que un maestro de la disciplina histórica -GIERKE- pudo con justicia hacer notar el singular fenómeno de la victoria material (*materielle Siege*) que el Derecho natural experimentó por obra de la escuela adversa, después de su ruina formal. Esto no obstante, la negación del Derecho natural se considera todavía generalmente como un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista; de lo cual tenemos precisamente una prueba en la presteza con que, interpretando la fórmula antes indicada, se suele, ante todo, negar que contenga alusión alguna a tal derecho, como si se tratara de alejar una sospecha injuriosa (...). DEL VECCHIO, G. *Principios...*, op. cit, pp. 3-5.

¹⁰⁸ Para este autor: "(...) una visión escalonada de los principios generales del Derecho ayudaría mucho a zanjar distintas dificultades que suscita su problemática. Puede afirmarse que las legislaciones de los pueblos modernos civilizados tienen en su base, aproximadamente, los mismos principios generales del Derecho. Pero estos principios no son nunca vividos en un estado de pureza originaria, por así decirlo. En su última instancia, se trata de verdades jurídico-morales y religioso-teológicas propias de la civilización cristiana. En el curso de esta civilización, estas verdades han experimentado una serie de concreciones a través de las distintas concepciones filosóficas y políticas e incluso en virtud de la mutación de las circunstancias sociales y vitales del hombre. Así, el cristianismo ha descubierto la verdad de que el hombre es persona en cuanto hombre; pero esta verdad fundamental presenta matices diferenciales - a veces hondamente diferenciales- en la Edad Media y en la Edad Moderna, en la filosofía escolástica y en el racionalismo, en el fascismo y en el individualismo liberal (...). LEGAZ Y LACAMBRA, L, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1943, p. 402. Un seguidor de estas ideas, BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A, op. cit, pp. 666 y ss.

esplendor, responden a un movimiento de rescate *iusnaturalista* que había florecido en Francia, en la voz fundamental de GÉNY, como reacción a la exégesis derivada del *Code* de 1804.¹⁰⁹ Esta coyuntura tiene una profunda influencia en la configuración naturalista de los principios generales del Derecho. Desderrados del sistema de fuentes de la obra magna de Napoleón como consecuencia de una hiperbólica interpretación de la teoría política de MONTESQUIEU, los principios generales del Derecho son revividos por GÉNY como herramientas, en virtud de las cuales se podían concebir pautas interpretativas más amplias, sobre la base de entender que la ley no era todo el Derecho y, por ende, que en ella no se expresaba toda la pulsión social que este estaba llamado a regular.¹¹⁰ Sin lugar a dudas ha sido el Consejo de Estado, en el entorno francés, el órgano que ha mantenido con vida la aplicación de los *principes généraux du Droit*, delineando importantes posturas doctrinales al calor de su jurisprudencia administrativa, cuestión a la que JEANNEAU dedicó importantes reflexiones.¹¹¹

En Alemania, es justo destacar el impulso perspectivo que supuso la exaltación de los argumentos sociológicos de la Escuela del Derecho libre,¹¹² cuyo eje expositivo, como bien resumió STERNBERG, radica en defender que todo Derecho, por

¹⁰⁹ GÉNY, F, "L'Évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française," *Le Droit Privé...*, op. cit, pp. 3 y ss.

¹¹⁰ GÉNY, F. *Método...*, op. cit, pp. 235 y ss.

¹¹¹ Cfr. JEANNEAU, B, *Les principes généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, Préface de M. Jean Rivero, Paris, Éditions du Recueil Sirey, 1954, pp. 7 y ss.

¹¹² Un análisis crítico al respecto en STERNBERG, T, op. cit, pp. 158-164. Explicaba al respecto HERNÁNDEZ-GIL que: "(...) la afirmación de un Derecho libre, vivo, espontáneo, anterior y superior al impuesto estatalmente, ya implica una posición sociológica, aunque no siempre en todo momento los propulsores del Derecho libre hayan tenido consciencia y practicado un método propiamente sociológico. Quien más clara cuenta se dio de esto fue Ehrlich; en él se conjugan la concepción del Derecho libre y la sociología del Derecho como base metódica en que apoyarla. En cambio, en Kantorowicz, por lo menos inicialmente, late vivo un anarquismo individualista, aunque luego se adentre en los derroteros sociológicos trazados por Ehrlich (...)" HERNÁNDEZ-GIL, A, op. cit, 252-254.

más que se tenga por puramente nomocrático, es una transacción entre nomocracia y sofocracia.¹¹³

Igualmente, LARENZ matizó el *iusnaturalismo* en cuanto a la existencia de los principios jurídicos con su concepto de *Derecho justo*, mostrando interesantes toques eclécticos, pues si bien entiende que la búsqueda de estos debe comenzar por lo que está efectivamente positivado, considera insuficiente esa búsqueda si no se remonta el análisis a los pensamientos más primigenios que justifiquen la regulación. Estos pensamientos originarios tienen un marcado condicionamiento ético, que en buena medida es el medidor de legitimidad que garantiza la realización plena de la ordenación social.¹¹⁴

Claro resulta que la idea de un derecho natural, entendido como sostén de todo el andamiaje jurídico positivo, y por ende legitimador de la existencia de postulados genéricos que sirvan de guía y referente, tanto constructivo como interpretativo,¹¹⁵ a

¹¹³ STERNBERG, T, op. cit, p. 158. Sigue la cadencia expositiva este autor afirmando que: "(...) las garantías objetivas que se dan en la subjetividad de la conciencia jurídicamente cultivada, seleccionada en las actividades del juez, abogado y profesor de Derecho, según los principios establecidos por la sofocracia, son mucho más vigorosas que la superstición en unos poderes absolutamente objetivos de la Ley y de la Ciencia, que no existen en modo alguno, pero que en realidad precisamente la más cómoda guardia a la arbitrariedad, a la insensibilidad y a la falta de espíritu (...)". STERNBERG, T, op. cit, pp. 158-159.

¹¹⁴ Cfr. LARENZ, K. *Derecho justo...*, op. cit, pp. 32 y ss. Del mismo autor *vid Metodología...*, op. cit, p. 203 y ss. En esta última obra se deja en claro que: "(...) al interpretar las leyes (con vistas a la resolución de *casos jurídicos*) no puede pasarse por alto que en ellas no se trata de enunciados cualesquiera, sino de prescripciones que han de obedecerse, de pautas de juicio prescritas, brevemente: de normas. El legislador que promulga una ley, o más exactamente que pretende regular un determinado sector de vida por medio de normas, se deja guiar al respecto por ciertas intenciones reguladoras y por consideraciones de justicia o de oportunidad, a las que en último término subyacen ciertas valoraciones (...)". LARENZ, K. *Metodología...*, op. cit, p. 203.

¹¹⁵ En la literatura española el administrativista Fernando GARRIDO FALLA ha entendido a los principios generales del Derecho, en una de sus variantes, como principios del Derecho natural: "(...) los principios generales del Derecho remiten a una fuente normativa *distinta y autónoma* respecto del Derecho escrito positivo (...), concebidos en esta acepción, los principios generales del Derecho, deben considerarse cómo fuente del Derecho administrativo, y precisamente fuente subsidiaria. Y a pesar en que la jurisprudencia contencioso-administrativa

dicha organización, no ha transitado pacíficamente por el contrapunteo de la reflexión jurídico-filosófica. Tanto el historicismo como el positivismo han atentado contra sus fundamentos, poniendo en tela de juicio su existencia misma, lo que lógicamente supone, en virtud de la más elemental relación entre lo genérico y lo particular, una ruptura de la dupla sinónima *principios generales del Derecho-principios del derecho natural*, que fue estrenada en el espacio codificado por el Código austriaco de 1811.

A pesar de tenerse plena conciencia de la importancia que el *iusnaturalismo* ha tenido en la orfebrería misma de la idea de principios generales del Derecho, no solo directamente, pues la reacción a estos derroteros también han enriquecido sobremedida la cuestión, justo es indicar que la profusión con que se ha mostrado esta doctrina a lo largo de su desarrollo atenta contra las bases de seguridad y legalidad que han de caracterizar a la actividad jurídica. Dicho de otra forma, la indeterminación configurativa del *iusnaturalismo*, claramente advertida por Werner GOLDSCHMIDT,¹¹⁶ ha propiciado una indeterminación configurativa de los principios generales del Derecho, llegando a ser entendidos estos como entelequias imposibilitadas de concreción, permeadas de relativismo y subjetivismo, cuya única finalidad es la de controvertir el orden jurídico (positivo) establecido.¹¹⁷

del Tribunal Supremo ha invocado tales principios para fundamentar sus decisiones; pues, entendidos como principios del Derecho natural pueden significar un último reducto al que el juez puede jurídicamente acogerse en el trance de cumplir con su obligación de sentenciar. Ahora bien, si existe una ley positiva contraria a lo que el juez (o el administrador) estime ser un principio del Derecho natural, no tiene más remedio -en nuestro sistema- que aplicar la ley y olvidarse del principio. Y posiblemente no debemos lamentarnos de que así sea, pues de los tiempos en que el imperio de la ley escrita aún no se había consagrado con su actual carácter absorbente, es aquel rancio adagio del Derecho francés, recordado por RIVERO: *Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos (...)*". GARRIDO FALLA, F, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I. Parte General, Madrid, Editorial Tecnos, 1994. p. 264.

¹¹⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, W, *Filosofía, Historia y Derecho*, Buenos Aires, Librería de Valerio Abeledo, 1953, p. 145.

¹¹⁷ En la doctrina italiana de la primera mitad del siglo pasado esta cuestión tuvo una importante virtualidad. En palabras de CHIRONI: "(...) *Questi principi generali sono costituiti*

José CASTÁN TOBEÑAS dejó en claro el asunto cuando afirmó que: “(...) no es del todo infundado el temor de que el recurrir a los principios generales del Derecho, a través de una interpretación puramente filosófica (léase *iusnaturalista*)¹¹⁸ de los mismos, significase la puerta abierta por la que se introdujera la inseguridad jurídica, desde el momento que el juez podría sustituir el criterio relativamente fijo de la ley por el que movedizo y subjetivo de su arbitrio (...)”.¹¹⁹

Otra flaqueza resaltada por los detractores del derecho natural en lo que compete a los principios generales del Derecho, se desprende de la pretendida inmutabilidad que este supone. En efecto, si el *iusnaturalismo* se concibe desde una perspectiva condicional del derecho positivo para con construcciones

dai criteri ai quali la legislazione informa l'ordinamento fondamentale suo: il giudice li ottiene invertendo il processo di formazione della legge, spogliandola cioè delle disposizioni particolari e complesse onde si reggono le figure dei vari rapporti, e risalendo ai concetti più semplici formanti le nozioni originarie del diritto com'è. Concetti comuni ai vari istituti regolati; e per tal comunanza, formano questi principi l'analogia di legge (...). CHIRONI, G. P, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Vol. I, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1912, p. 24. Unos años antes, en una obra escrita a cuatro manos con ABELLO, este autor había dicho que: “(...) questi principi generali son fissati dallo studio filosofico del diritto e i materiali dell'analisi e della sintesi in cui son riuniti qual risultato, vengono forniti della conoscenza del diritto vigente e di tutti i motivi che lo imposerò o lo consigliarono. Varranno a tal fine tutte le tradizioni legislative che hanno in qualche modo preparato l'attuale diritto e soprattutto il diritto romano inteso non nel senso di vera e propria legge -opinione ormai abbandonata- ma nel senso di elemento suppletivo alla possibile deficienza delle leggi vigente per la risoluzione di speciali controversie e la conoscenza esatta delle ragioni economico-sociali, cui la legge volle provvedere. Solo il giurista-sociologo può adunque scorgere nella maggior nettezza loro questi principi di diritto, che, al pari della consuetudine, sono fonti mediate del diritto e non possono igualmente derogare alla legge positiva (...)”. CHIRONI, G. P. y L. ABELLO, *Trattato di Diritto Civile italiano*, Vol. I. Parte Generale, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1904, p. 52. También vid VENZI, G, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1938, pp. 17-18; D'AMELIO, M, *Codice Civile. Libro Primo (Persone e Famiglia). Commentario*, Firenze, S. A. G. Barbèra, Editore, 1940, pp. 19-20; PUGLIATTI, S, *Introduzione al estudio del Derecho Civil*, México DF, Editorial Porrúa Hnos. y Cia, 1943, p. 65, y MESSINEO, F, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Traducción de Santiago SENTIS MELENDO, tomo I. Introducción, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, s/a, p. 66.

¹¹⁸ La aclaración es mía.

¹¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J, *Metodología de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Editorial Reus, 1947, p. 337.

abstractas inmutables, ¿cómo defender el carácter dinámico de los principios generales del Derecho pendiente del ambiente cultural, social y político de un momento histórico determinado?

La mayoría de los embestidas a la doctrina del derecho natural se han sistematizados desde un posicionamiento *iuspositivista*,¹²⁰ derivación *iusfilosófica* que, junto a la primera, constituye uno de los dos grandes polos de toda las problemáticas sucedidas en la evolución de las ideas jurídicas en clave filosófica. La cuerda fundamental que con respecto a los principios generales del Derecho se desprende de los postulados positivistas¹²¹ es casi

¹²⁰ La crítica de HART, por ejemplo, ataca el sentido lógico y la precisión terminológica del naturalismo, así como su funcionalidad en sede jurídica. En su obra cumbre, *El concepto de Derecho*, este importante autor inglés sistematizaba al respecto lo siguiente: "(...) muchos críticos modernos han pensado que la pretensión de que las normas o leyes de conducta correcta pueden ser descubiertas mediante la razón humana descansaba en una simple ambigüedad de la palabra *ley* y que cuando esta ambigüedad fuese denunciada, el derecho natural recibiría un golpe mortal. Es de esta manera que John STUART MILL alude a MONTESQUIEU, quien en el capítulo primero de *L'Esprit des Lois* pregunta ingenuamente por qué, mientras que las cosas inanimadas, tales como las estrellas y también los animales, obedecen a *la ley de su naturaleza*, el hombre no procede así, sino que incurre en pecado. En esto, pensaba MILL, se hace patente la perenne confusión entre las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras. Las primeras, que pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, bien pueden ser denominadas *descriptivas* y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino *prescripciones* o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera. Por lo tanto la respuesta a la pregunta de MONTESQUIEU es simple: las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas *leyes* y tienen que ser reformuladas. A estas diferencias en el sentido de *ley* corresponden diferencias sistemáticas en el vocabulario asociado, compuesto de expresiones tales como *tener que*, *deber*, etc. Así, según este modo de ver, la creencia en un Derecho o Ley Natural es reducible a una falacia muy simple: no percibir los sentidos muy diferentes que estas palabras y expresiones pueden tener. Es como si el que sustenta esa creencia no percibiera el muy diferente sentido de esas palabras en *Ud. tiene que presentarse al servicio militar* y *si el viento sopla del Norte, tiene que nevar* (...)". HART, H. L. A., op. cit., pp. 231-232.

¹²¹ Una síntesis valiosa de estos postulados en ALEXY, R, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1994, pp. 13-19.

la síntesis de todo su andamiaje categorial, a saber: no existen construcciones jurídicas más allá de los límites del ordenamiento jurídico, en consecuencia, a estos se llega a través de un ejercicio de inducción intelectual, es decir, de extracción de la dinámica de todo el derecho positivo de un conjunto de axiomas, abstractos y generales, que contienen en sí mismos todo el sentido y toda la esencia de este y que le sirven de fundamento y de guía. No propone entonces una dialéctica bilateral entre lo general y lo particular, pues el método defendido solo es instrumentable si se toma como punto de partida lo concreto, esto es, la norma positivada.¹²²

El paradigma normativo de esta postura lo constituye el ya visto párrafo segundo, artículo 12, del *Codice* italiano de 1942, que rompiendo con la tradición nacional consagró la máxima *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*, en sustitución de la expresión *principios generales del Derecho vigente*, que había sido debatida en la década de 1930 en los trabajos preparativos de tan importante cuerpo legal¹²³ como

¹²² Al respecto sostuvo Federico DE CASTRO Y BRAVO que: "(...) la reacción del positivismo contra el dogmatismo vacío y caprichoso del Derecho natural individualista lleva consigo la aspiración de borrar toda regla jurídica fuera de la ley. La dificultad que suponía la imperfección e insuficiencia de los textos legales se trataba de superar aplicando los métodos de las ciencias naturales. La materia jurídica, conformada en *cuerpos jurídicos y construcciones jurídicas*, se convierte, mediante un proceso de progresiva generalización, en el sistema; su importancia está en que, elaborada sola y exclusivamente sobre la base de las disposiciones legales, se piensa que es una fuente inagotable de nueva materia, que sirve para completar al Derecho positivo (...)" DE CASTRO Y BRAVO, F, op. cit, p. 413. Por su parte, Margarita BELADIEZ ROJO resumía estos contornos afirmando que: "(...) para los positivistas en general, y sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre las distintas tendencias, los principios sólo se pueden encontrar atendiendo al texto legal, ya sea en su estricta literalidad, o acudiendo a los hechos externos que motivaron esa decisión del legislador; pero teniendo en cuenta que la fuerza de esos hechos deriva precisamente de la razón de ser de la ley. Sólo cuando han sido contemplados por el legislador es posible tenerlos en cuenta para la aplicación del Derecho (...)". BELADIEZ ROJO, M, op. cit, pp. 32-33.

¹²³ Según BOBBIO "(...) Este cambio fue explicado en la Relación del Ministro con estas palabras: (...). En lugar de la fórmula *principios generales del derecho vigente*, que habría podido parecer demasiado limitante para la actuación del intérprete, hemos creído preferible esta otra, *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*, en la cual el término

una medida de protección ante la intromisión de elementos extraños en la dinámica del ordenamiento jurídico.¹²⁴ En la doctrina italiana CARNELUTTI¹²⁵ apoyó la reforma, mientras que DEL VECCHIO se pronunció con fuerza en su contra catalogándola de *retroceso* y tildando la nueva expresión de *impropia*.¹²⁶ No obstante, en opinión del español DE CASTRO Y BRAVO, la regulación del Código de 1865 en relación con los principios

ordenamiento resulta comprensivo, en su más amplio significado, más allá de las normas y de las instituciones, también de la orientación político-legislativa estatal y de la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.). Tal ordenamiento, adaptado o sancionado por el Estado, o sea, nuestro ordenamiento, tanto privado como público, dará al intérprete todos los elementos necesarios para la búsqueda de la norma reguladora (...). BOBBIO, N. *Teoría...*, op. cit, pp. 249-250.

¹²⁴ Vid, TRABUCCHI, A, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1956, pp. 8-9 y 37-39.

¹²⁵ Explica CARNELUTTI que: "(...) Los principios del derecho son, pues, las reglas no expresadas de que derivan, a través de su aplicación a los casos previstos, los preceptos formulados con carácter general o particular. El principio es, naturalmente, más amplio que el precepto que de él deriva; por eso puede servir a la formación del precepto que se necesita para el caso. Y puede servir de dos maneras: si el precepto expreso es aplicación del principio, formando un precepto semejante a éste; si, por el contrario, el precepto expreso es excepción del principio, formando un precepto contrario. Por eso se comprende en el procedimiento analógico tanto el *argumentum a simili* como el *argumentum a contrario* (...). Por su mayor amplitud en comparación con el precepto que de él deriva, el principio no es jurídico; si la juridicidad se dan en el mando que, en su aplicación a la realidad, se resuelve en el acto de mandar, lo que queda fuera no puede ser derecho. Los principios del derecho no son, en sí mismos, derecho; la materia prima que sirve para formar el producto no puede ser el producto (...). El principio, pues, no puede formarse, sin más, teniendo en cuenta la ética o la economía, sino que debe rodearse de aquellas reglas éticas o económicas que han guiado al legislador y que quizás pudieran también ser, y lo son con frecuencia, falsas en vez de verdaderas. Los principios del derecho no son, pues, derecho, sino pura ética y economía, cuyas premisas éticas o económicas han sido extraídas, mediante la inducción, del material legislativo. Para evitar toda duda respecto del particular, en la redacción recientísima del artículo 3 (...) la frase *principios generales del derecho* se ha cambiado muy oportunamente por la de *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado* (...)." CARNELUTTI, F, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, pp. 118 y ss.

¹²⁶ *Apud* DEL VECCHIO, G. *Filosofía...*, op. cit, p. 337; y especialmente, DEL VECCHIO, G, "Riforma del Codice civile e principi generali del Diritto," *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Ano XVIII, Fascículo I, Roma, 1938, pp. 10 y ss.

generales ya había empezado a interpretarse desde la perspectiva positivista¹²⁷ desde mucho antes.¹²⁸

Como se observa, el interés de la línea positivista es potenciar la funcionalidad de los principios generales en correlato con la salvaguarda de la seguridad jurídica (entendida en el sentido derivado de la ideología de la revolución burguesa acaecida en Francia)¹²⁹ y el principio de legalidad, pues a consideración de sus exponentes la extrapositividad que propone el *iusnaturalismo*, tendente al subjetivismo y al relativismo, atenta contra la plena integridad y coherencia del ordenamiento jurídico. No obstante estas operativas intenciones, lo cierto es que la variante *iuspositivista* limita y desnaturaliza la esencia de los principios generales, pues los subsume, en cuanto a su contenido y objetivos de existencia, en el mismo entorno normativo que está llamados a colmar, limitando de esta forma toda su raigambre histórica y todo su condicionamiento cultural. Un autor de relevancia como DEL VECCHIO identifica esta tendencia como el método analógico, apostillando que es imposible que la generalización salde todos los vacíos regulativos que pueden dejar las leyes.¹³⁰ La doctrina española ha visto en ella un círculo vicioso (una vida de cárcel diría PUIG PEÑA)¹³¹ que supone una

¹²⁷ Las palabras de Nicolás COVIELLO resumen claramente la directriz positivista en torno a los principios generales del Derecho: "(...) tales principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social, y también principios de derecho romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente (...)". COVIELLO, N, *Doctrina General del Derecho Civil*, México D.F. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, pp. 96-97.

¹²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F, op. cit, p. 413.

¹²⁹ Un análisis preciso al respecto en SARMIENTO GARCÍA, J, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Mendoza, Ediciones Diké-Foro de Cuyo, s/a, pp. 31-34.

¹³⁰ DEL VECCHIO, G. *Filosofía...*, op. cit, p. 338.

¹³¹ PUIG PEÑA, F, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo I, *Parte General*, Vol. I, *La norma jurídica*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, p. 335.

vulneración del componente identitario de los principios generales, entendidos en consecuencia, desde una mira endógena, como preceptos legales.¹³²

Atinadamente Federico DE CASTRO Y BRAVO apuntó desde un posicionamiento crítico que: “(...) El error de esta dirección doctrinal está en confundir los principios lógicos o abstracción científica con los principios jurídicos creadores (...)”.¹³³

Estas palabras del civilista español ponen de relieve un elemento constante en la crítica al positivismo, no compartido

¹³² Para MANS PUIGARNAU: “(...) prácticamente significaría casi negar la virtualidad de los principios jurídicos como fuente jurídica independiente, pues en realidad no entraría en vigor ninguna norma supletoria, y, en consecuencia, no nos moveríamos de un círculo vicioso. La mera aplicación de los principios en que se inspira el propio sistema legal no sería *suplir* plenamente la insuficiencia de la ley y de la costumbre, sino aplicar el derecho por el procedimiento analógico, que es la forma más restringida de dar paso a los principios generales. Toda vez que se limitan a los inspiradores del sistema vigente. Añádase a esto que el principio de derecho contenido en la ley, prácticamente ya no es principio como fuente supletoria: es precepto legal (...)”. MANS PUIGARNAU, J. M, op. cit, p. XII. PÉREZ LUÑO también se proyectó en consonancia con esta línea de exposición al afirmar que: “(...) La concepción positivista de los principios se enfrentó con un doble escollo: porque, si los principios generales del derecho consisten en procesos discursivo tendentes a extender las consecuencias previstas en las leyes a otros supuestos no contemplados en ellas, en nada se diferencian de la analogía y, por tanto, resultan superfluos (...). Además, a tenor de la célebre crítica de Giorgio DEL VECCHIO, la concepción positivista de los principios supone, en definitiva, duplicar el papel de la ley como fuente del derecho, que lo sería de forma directa y expresa y de forma indirecta y tácita a través de los principios generales del derecho entendidos como meras generalizaciones de la propia ley (...)”. PÉREZ LUÑO, A. E. *Los principios...*, op. cit, p. 20. También *vid* las explicaciones de BELADIEZ ROJO en el capítulo de su obra dedicado a la conceptualización de los principios generales del Derecho, especialmente lo referido a la matriz sociocultural que define su contenido.

¹³³ Un poco más adelante aseveraba que: “(...) El principio obtenido por medio sólo de la lógica ha de coincidir, exactamente, con el conjunto total de conceptos dados, para que se haga la abstracción. Principios y materia de abstracción están en una relación de total interdependencia; el principio, para ser lógicamente tal, ha de corresponder en extensión y naturaleza al conjunto de datos suministrados, de tal forma, que si se obtuviera una regla que abarcase un solo supuesto no contenido ya en los datos, el principio dejará de ser principio de este conjunto concreto, para ser un principio distinto, el principio de un nuevo conjunto (el anteriormente supuesto más la nueva hipótesis subsumida). Ni los principios lógicos ni los criterios clasificatorios pueden crear nueva materia al conocerla o al clasificarla. La fuerza creadora del sistema sólo puede admitirse cometiendo una confusión metodológica o un engaño político (...)”. DE CASTRO Y BRAVO, F, op. cit, p. 413.

por un sector importante de la doctrina italiana,¹³⁴ consistente en reclamarle el desconocimiento del intrínquilis evolutivo del orden jurídico y el papel que en su realización juegan los principios generales del Derecho en su acepción creativa (perspectiva exógena), esto es, como construcciones jurídicas que, por no depender exclusivamente del orden positivo, pueden introducir criterios novedosos, es decir, pueden aclimatar las soluciones jurídicas a la dinámica de situaciones socio-históricas puntuales. Esto se conecta con otra cuestión que se deriva de la más elemental lógica formal: si los principios generales son el resultado de un proceso de abstracción que toma como materia primigenia a la ordenación positiva, ¿cómo sistematizar un principio general cuyo contenido no está completamente volcado en dicha ordenación positiva?

Claramente, la estrechez relacional entre lo positivado y la posibilidad configurativa de los principios generales que promueve el positivismo, si bien pondera un orden de pleno señorío de la ley, lo que en cierta medida puede tributar a la seguridad jurídica, ahoga indiscriminadamente la dimensión social del Derecho, sumiéndolo en un franco y evidente estatismo, a la vez que en un estatalismo,¹³⁵ pues concentra su

¹³⁴ La doctrina italiana, tanto anterior como posterior al *Codice* de 1942, identificó el tratamiento de los principios generales del Derecho con el de la analogía. Desde la *iusfilosofía* vid GROPPALI, A, *Filosofía del Diritto*, Milano, Ulrico Hoepli, Editore Libraio della Real Casa, 1906, pp. 175 y ss; COGLIOLO, P, *Filosofía del Diritto Privato*, Firenze, G. Barbéra Editore, 1912, pp. 52 y ss; DONATI, B, *Fondazione della Scienza del Diritto*, Parte Prima di Una. *Introduzione alla Scienza del Diritto*, Milani-Padova, Casa Editrice Dott-Già Litotipo, 1929, pp. 157 y ss; y COSENTINI, F, *Filosofía del Diritto*, Torino-Roma-Milano-Firenze-Napoli-Palermo, Ditta G. B. Paravia e Comp., 1914, p. 58. Desde los estudios civilistas vid BARASSI, L, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, Dott. A. Giuffré-Editore, 1940, pp. 21-27; BARBERO, D, *Diritto Privato italiano*, tomo I, Milano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, s/a, p. 79; DE RUGGIERO, R, *Istituzioni di Diritto Civile*, Vol. I, *Introduzione e parte generale, Diritto delle persone*, Messina-Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1934, pp. 71-75; y ROTONDI, M. (s/a). "Equità e principii generali del Diritto nell'ordinamento giuridico italiano," *Recueil D'Etudes sur les sources du droit. En L'Honneur de François Géný. Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, s/a, p. 406.

¹³⁵ El nuevo paradigma postmoderno niega este posicionamiento al proponer la pluralidad de fuentes. A juicio de MODERNE: "(...) la sociedad civil descartará cada vez más abiertamente

creación exclusivamente en los engranajes estatales destinados a tales efectos.

En armonía con lo expuesto se puede concluir que tanto los *iusnaturalistas* como los *iuspositivistas* han pecado de unilaterales en sus análisis con respecto a los principios generales del Derecho, pues en su afán de responder a esquemas filosóficos fijados *ab initio* han perdido la perspectiva de la complejidad, esto es, de la variedad factorial y funcional que le son características.¹³⁶

Una posición ecléctica ha de partir necesariamente de aquella máxima hegeliana que dejó en claro que: “(...) confundir la circunstancia de que el derecho natural o derecho filosófico es distinto del positivo, con que ambos sean recíprocamente opuestos y contrarios, sería un gran equívoco; más bien, uno y otro están entre sí en la misma relación que la *Instituta* con las *Pandectas* (...)”.¹³⁷ Así, aunque siempre ponderando sutilmente un extremo más que otro, la armazón *iusfilosófica* de los principios generales puede asumir elementos desplegados por ambas doctrinas sin necesidad de consagrar a ultranza ninguna de ellas.¹³⁸ Debe aclararse que esta posición mixta no responde a un facilismo

el monocentrismo primordial normativo legado por el positivismo estatal para volverse hacia vías alternativas de regulación (término preferido al de *normativización*, muy marcado por la filosofía *moderna*) surgidas de centros normativos dispersos. El pluralismo de las racionalidades del derecho postmoderno sucederá así a la racionalidad única del derecho moderno; las lógicas hoy en día serían las de la flexibilidad, de lo *vago*, en una sociedad donde reinan lo complejo, las estructuras en *rizo*, las circularidades, etc. A esta desmultiplicación de las fuentes correspondería una desmultiplicación de los modos de regulación del derecho, admitiendo lo informal tanto como lo formal. Según algunos, el derecho se volvería, capilar, intersticial, incluso soluble o líquido, se infiltraría en todos los poros del tejido social (...). MODERNE, F, op. cit, pp. 57-58.

¹³⁶ *Apud* GARCÍA MÁYNEZ, E. *La definición...*, op. cit, pp. 237 y ss.

¹³⁷ HEGEL, J. G. F, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, S.A, 1968, p. 41.

¹³⁸ En el especio legislativo, este criterio es seguido por el Código Civil egipcio de 1949, que en su artículo 1 identifica a los principios generales del Derecho con los principios del Derecho islámico, el derecho natural y la equidad. La misma línea sigue el Fuero de Navarra en su artículo 4, al establecer que los principios en cuestión son los principios del derecho natural o histórico que informan el ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones.

mimetista, sino a un ejercicio de rigor que identifica la afluencia de ambos cauces filosófico-jurídicos en la materia que se analiza, recreándose así la vieja máxima de ASCOLI que profetiza que: “(...) de tales contradicciones no parece que pueda haber otra evasión sino en estas soluciones híbridas (...)”.¹³⁹

Del derecho natural ha de tomarse la idea de *subsistencia* y de directrices informadoras, mientras que el positivismo jurídico, inclinado en varias de sus manifestaciones hacia la empiria, los inserta orgánicamente en el ordenamiento positivado, brindando a tales efectos herramientas para la formulación de métodos interpretativos y de integración del Derecho, alzando la idea de que estos deben ponderar premisas sociojurídicas básicas como son la seguridad y la legalidad.

En España¹⁴⁰ un claro exponente de este posicionamiento mixto, con tendencia al *iuspositivismo*, lo constituye DE DIEGO. En un interesante trabajo apreció el civilista que: “(...) pensar

¹³⁹ ASCOLI, M, op. cit, p. 31.

¹⁴⁰ También PUIGARNAU es partidario de un criterio intermedio. En su ya citada obra este autor expresó que: “(...) Así, pues, frente a los conceptos parciales, restrictivos o limitativos del ámbito de los principios generales del derecho, nosotros proponemos un concepto total, o mejor integral, de los mismos, un concepto que se extiende no sólo a todas las ramas en que el derecho se divide, sino también a todos los aspectos en que se distingue y con que se presenta (...). Ni pueden limitarse a los del derecho natural o a los de la equidad, ni a los de un determinado sistema de derecho positivo, ni a los del derecho doctrinal o científico; sino que, por el contrario, los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realidad práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas) (...). Este concepto de los principios generales del derecho, no por amplio y comprensivo deja de ser claro y preciso. Es un concepto integral que en nada entorpece el criterio relativo a la aplicabilidad de los mismos. En el orden práctico, ya lo dijimos: de todo el acervo de principios jurídicos, entrarán sólo en vigor, además de los que informan el sistema de derecho vigente (y que, por lo tanto, constituyen parte integrante del mismo), aquellas convicciones de la conciencia jurídica, aquellas conclusiones científicas y aquellas reglas fundamentales del derecho histórico que no se hallen en contradicción con el sistema de derecho positivo vigente, a juicio del primer organismo judicial de la nación, según hemos dejado sentado en el lugar oportuno (...)”. MANS PUIGARNAU, J, op. cit, pp. XXVII-XVIII.

en otros principios distintos de los que están embebidos en la obra general legislativa y de derecho de un pueblo (...) era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruyesen las líneas de éste y entronizar la confusión y el desorden (...) Sólo en defecto de ésta (de la costumbre) podemos explotar los principios generales de derecho y es claro que han de ser los de la misma ley y costumbre, y cuando ellos no alcanzan a satisfacer la necesidad del momento o a dar la solución requerida, entonces (...) hay que buscarla en la propia realidad social, investigada con criterio científico, fecundizada e iluminada por los principios de razón y de justicia (...).¹⁴¹

Si bien se parte en la exposición precedente de comprender a los principios, primariamente, como portadores del espíritu y el sentido de la ley misma, se manejan variables como *la razón*, *la justicia* y *la realidad social*, a través de las cuales se les puede insuflar un contenido mucho más amplio que el expresado en la norma positiva. Esta visión dual demuestra fehacientemente que, en pos de lograr un posicionamiento unitario, se hace necesario apartarse de sectorialismos naturalistas y positivistas para realizar un ejercicio dialéctico que asuma de forma integral y combinada las aristas del fenómeno jurídico que estas doctrinas enarbolan como únicas y en ocasiones como excluyentes.

En la doctrina nacional MATILLA CORREA se ha proyectado advirtiendo que: "(...) esta teoría ecléctica goza de los beneficios de las posiciones intermedias, en relación con los extremos que trata de compatibilizar (...) sin embargo (...) al compendiar de modo unitario tendencias con presupuestos conceptuales diversos, es factible que dicha concepción cargue con una parte de las objeciones que pueden acompañar a tales tendencias, consideradas de manera singularizada. Igualmente, otro factor de recelo en lo que se refiere a esta teoría ecléctica, pasa por los inconvenientes o incoherencias que pueden presentarse en lo que constituye su punto de construcción esencial, pues en el afán de aunar

¹⁴¹ CLEMENTE DE DIEGO, F, "El método en la aplicación del Derecho Civil. Los principios generales del Derecho," *Revista de Derecho Privado*, No. 37, Año IV, Madrid, 1916, pp. 288, 294 y 300.

critérios conceptuales diferentes, puede llegarse a un resultado forzado o incoherente (...).¹⁴²

Estos oportunos comentarios han de servir para comprender que de lo que se trata no es de sumar acriticamente los aciertos naturalistas y positivistas, sino de colegiar perspectivas que por naturaleza nunca se deben encontrar separadas. Se siguen así las exigencias más elementales para lograr la comprensión cabal del Derecho y de sus principios generales, entendidos como una de sus manifestaciones más importantes.

VII. Reflexiones en torno a las funciones de los principios generales del Derecho

Razón le asiste a GUASTINI cuando afirma que el dogma de la (necesaria) completitud de todo ordenamiento¹⁴³ no parece fundado. En su favor han sido adoptados diversos argumentos, pero ninguno de ellos persuasivo.¹⁴⁴ Este problema, como ya fue abordado, tiene orígenes históricos no tan recientes, pudiendo localizarse su escenario más candente en la Francia del siglo XIX y comienzos del XX, donde la disputa entre los exégetas y GÉNY arrojó importantes conclusiones.¹⁴⁵ En la imposibilidad

¹⁴² MATILLA CORREA, A, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)," *Temas de Derecho Administrativo cubano*, tomo I, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004, pp. 36-37.

¹⁴³ Para RECASÉNS SICHES la plenitud hermética del orden jurídico se justifica porque: "(...) el Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquica o inexorablemente; y, por eso, cuando surge un conflicto interhumano, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una decisión, bien de regulación positiva, por ejemplo, atribuyendo a alguien un determinado deber y a otro alguien un cierto derecho subjetivo; bien de garantía normativa, consagrando una esfera de libertad (por ejemplo, a nadie se puede obligar a tener una determinada creencia religiosa). Pero en uno y otro caso se trata de una decisión que es impuesta inexorablemente y que desvanece la incertidumbre y que suprime la inseguridad implicadas por el conflicto planteado (...)" . Cfr. RECASÉNS SICHES, L, *Introducción al Estudio del Derecho*, México DF, Editorial Porrúa, 1917, pp. 205-206.

¹⁴⁴ GUASTINI, R, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Editorial Científica, 2016, S.A.C, p. 516.

¹⁴⁵ Consideraciones de valor al respecto en GROSSI, P, *De la codificación a la globalización del Derecho*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2010, S.A.

de la realización del dogma de la totalidad regulativa¹⁴⁶ del ordenamiento jurídico positivado,¹⁴⁷ o de la completitud, para usar las palabras de GUASTINI, radica en las glándulas centrales de la funcionalidad de los principios generales del Derecho.¹⁴⁸ El fenómeno jurídico, complejo y dinámico por excelencia, requiere, en su rol de ordenación de las relaciones sociales, la concurrencia de elementos estabilizadores (integradores) que posibiliten su plenitud,¹⁴⁹

¹⁴⁶ Para VIGO: "(...) está claro que el Estado de Derecho Legal se nutrió de una teoría típicamente positivista en el sentido de que no había más derecho que aquel que así se había establecido autoritariamente, y cualquier contenido podía ser derecho en tanto el criterio de validez jurídica se definía completamente por el sistema jurídico al establecer el órgano y el procedimiento para crear la norma. No había derecho si alguna autoridad no lo había dispuesto como tal, y ella tenía libertad para brindarle cualquier contenido, dado que los eventuales defectos morales o axiológicos en nada afectaba a la existencia jurídica (...); la validez de la norma se asimilaba a su existencia sistémica y no a consideraciones extrajurídicas como las de carácter moral o axiológico (...)". VIGO, R. L, op. cit, p. 267.

¹⁴⁷ Sobre este dogma y su crítica *vid* BOBBIO, N. *Teoría...*, op. cit, pp. 224-238

¹⁴⁸ Para GORDILLO CAÑAS este argumento es: "(...) la razón de ser de la inclusión de los Principios en la enumeración de las Fuentes del Derecho (...)". GORDILLO CAÑAS, A, *Ley, principios generales y constitución. Apuntes para una relectura, desde la constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, S.A, p. 42

¹⁴⁹ En la doctrina se han formulado un grupo de teorías que sostienen *a priori* la plenitud absoluta del ordenamiento jurídico. La que se deriva del *iuspositivismo* clásico, definida como teoría de los *espacios vacíos*, fue defendida, entre otros, por BERGBOHM y seguida por SANTI ROMANO (ROMANO, S, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Editorial del Instituto de Estudios Políticos, 1963). La médula de esta postura radica en sostener que las pretendidas lagunas no son más que espacios carentes de regulación en virtud de su poca relevancia social. Así, en buena técnica, no existen lagunas, sino situaciones y relaciones sociales a las que el Derecho no llega como consecuencia de un ejercicio de ponderación de la relevancia de las mismas. Según ROMANO (op. cit, pp. 316-317): "(...) se puede concebir perfectamente que un ordenamiento jurídico admita como principio fundamental la limitación a determinadas materias, de forma que las que quedan fuera hayan de ser consideradas como jurídicamente irrelevantes, formando por tanto un campo en el que no se reconocen ni derechos ni obligaciones. Y no se trata solo de una mera posibilidad, sino de una exigencia indeclinable de todo ordenamiento, si resulta cierto el axioma antes recogido de que ningún ordenamiento asume la pretensión de regular toda clase de actividades y manifestaciones individuales, sino simplemente las que interesan a sus fines (...)". Otra derivación del dogma de la plenitud es la asumida por ZITELMANN (ZITELMANN, E, "Las lagunas del Derecho", en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1989), cuyas pautas generales fueron abrazadas por DONATI (DONATI, D, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 28-56 y 126 y ss.) y por KELSEN (KELSEN, H, *El método y los conceptos fundamentales*

siendo la categoría que se trata un ejemplo clásico a este tenor.¹⁵⁰

A los efectos de este análisis ha de quedar esclarecido el hecho de que los principios generales pueden o no estar positivados, lo que les confiere el carácter de explícitos o implícitos, respectivamente, operando una sinonimia formal entre principios y reglas en el primer caso, solo diferenciables por la extensión de sus enunciados. Esto responde al hecho de que las normas, entendidas como construcciones lógicas, pueden ser, en efecto, explícitas o implícitas.

Según ÉRIC MILLARD, una norma es el *significado* de un enunciado prescriptivo. Así, una norma jurídica es explícita cuando: “(...) constituye la escogencia de una interpretación de un *enunciado* dado como jurídica (Constitución, ley, contrato, etc.), en un marco de interpretación aceptable desde un punto de vista estrictamente lingüístico, fuera de toda consideración axiológica (...)”.¹⁵¹ En otro sentido, es implícita una norma jurídica cuando:

de la teoría pura del derecho, Traducción de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933). Con relación al tema este último afirmó que (op. cit, pp. 65-66): “(...) no existen lagunas auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. (...) El orden jurídico no solo contiene el principio de que se está obligado a una determinada conducta, sino también el contrario: se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado. Esta norma es la que se aplica cuando se decide negativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria (...)”. La diferencia de la teoría defendida por esta tríada de autores con respecto a la de los *espacios vacíos* radica en su enfoque lógico. El presupuesto de partida se localiza en la máxima que reza que *todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido*. Así, las pretendidas lagunas no son más que un lógico correlato de un espacio de libertad determinado. Al respecto *vid* también las explicaciones de COSSIO, C, op. cit, pp. 19 y ss. Igualmente consultar a BULYGIN, E, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas,” en BULYGIN, E, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 9-73. Una crítica desde la doctrina cubana en FERRARI YAUNNER, M, op. cit, pp. 43 y ss.

¹⁵⁰ Apud PÉREZ LUÑO, A. E, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993 en el acto de su recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, Publicaciones de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 13 y ss;

¹⁵¹ MILLARD, É, *Teoría general del derecho*, Traducción de Bernardo CARVAJAL SÁNCHEZ, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 152.

“(...) no constituye la escogencia de una interpretación de un enunciado (creación monopolizada), ya sea porque se sale del marco de interpretación aceptable o porque se sustenta en otra cosa (...)”.¹⁵² No obstante seguir este autor francés los cauces de una teoría analítica, cuyos presupuestos no han sido observados en la exposición anterior, la clasificación propuesta da paso a una conclusión importante, a saber: cuando la catalogación de una norma como principio no se deriva de la propia actividad de la autoridad normativa, o sea, cuando no es explícita, su cualidad principalista puede estar dada por una variedad de influencias, cuya concreción se logra a través de un ejercicio de interpretación.

Ahora bien, esta posibilidad de suplir a través de los principios generales una falencia en la regulación positivada (o consuetudinaria en su caso) se debate entre dos posturas extremas, a saber: la necesaria habilitación al respecto en el sistema de fuentes de un Estado determinado, o la instrumentalidad innata de estos sin ser necesaria dicha legitimación expresa.

Prima facie, se presenta un obstáculo de comprensión que requiere una evacuación inmediata, a saber: la multilateralidad metodológica de la cuestión de las fuentes del derecho.¹⁵³ A tales efectos la opinión de Ross ha devenido en todo un paradigma.¹⁵⁴

¹⁵² MILLARD, É, op. cit, p. 153.

¹⁵³ Una visión didáctica al respecto en GOLTZBERG, S, *Les sources du Droit*. Que sais-je? Paris, Presses Universitaires de France, 2016, pp. 7-14 y 37-85. En opinión de este autor: “(...) *Les principes généraux du droit occupent un statut intermédiaire entre la loi et l'éthique, ainsi qu'entre la règle et le cas. Ils ont une portée générale, non absolue, ce qui rend possible l'opposition entre deux principes généraux du droit : alors que deux règles opposées conduisent à un conflit de lois, deux principes peuvent s'opposer sans que naisse une anomalie qu'il faudrait résoudre une fois pour toutes. En cela, les principes généraux du droit sont des arguments topiques (par opposition à « logiques ») par excellence. Ils ont connu une reconnaissance croissante. À la différence de beaucoup de lois, on prévoit moins bien leur portée (...)*”. GOLTZBERG, S, op. cit, p. 84.

¹⁵⁴ ROSS, A, *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 356 y ss.

Resumidamente, los problemas al respecto pueden ser planteados al tenor siguiente:

- Configuración de una *perspectiva sociológica* del Derecho que determina las causas de existencia de un determinado sistema jurídico y que puntualiza en el aparato causal de los actos que, en dicho sistema, son creadores de Derecho.
- Afloramiento de una *problemática ética jurídica* que intenta discernir sobre el fundamento moral de la vinculación del ordenamiento jurídico y que puede ser sintetizada en un principio general.
- El *problema teórico jurídico*, volcado en el reconocimiento preciso del origen de las normas jurídicas y en la determinación de algo como Derecho.

Esta triple perspectiva, de la que se desprenden conclusiones referidas al conocimiento, la producción, la legitimación y la instrumentalidad de lo jurídico en las decisiones razonadas de los jueces, pone de relieve la proporcionalidad existente entre el concepto de *fuerza* y la visión *iusfilosófica* general de la multidimensionalidad del Derecho como fenómeno cognoscible. Si bien desde la teoría del Derecho se potencia la tercera de las aristas, entre otras cosas porque en ella confluyen (o debieran confluír) las dos anteriores, lo cierto es que la presencia de los principios generales del Derecho en la dinámica de la organización jurídica se manifiesta en cada una de ellas,¹⁵⁵ es decir, como resultado

¹⁵⁵ El criterio de DIEZ-PICAZO en este sentido resulta un poco exagerado, pues entiende rígidamente la correlación existente entre el poder efectivo de los principios generales y el poder de sus órganos formuladores, desconociendo a la par la variedad de procesos y condicionantes que los pueden contener como una de sus resultantes: "(...) El problema se torna especialmente crítico cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados principios generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de Sociología hacemos Metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en puridad jurídico. Y si tratamos de ser más realistas y concretos acabaremos por confundir el poder concreto que se realiza a través de los principios generales del Derecho con el poder que ostentan los órganos a los cuales se concede el poder de la formulación

sociológico que engloba los movimientos de la vida organizada de una comunidad dada, como reservorio de los paradigmas éticos que fundamentan las bases jurídicas de la misma y como punto originario del entramado normativo y como criterio de identificación y de congruencia *ab intra* del mismo.

En la correlación entre los conceptos *fuerza material* (de raigambre sociológica) y *fuerza formal* (de raigambre técnico-jurídica) se localizan los fundamentos de una respuesta coherente en este sentido, dejando de lado por ahora la *ambigüedad metafórica* que caracteriza al concepto *fuerza*, puesta de relieve por Enrico PARESE en la *Enciclopedia del Diritto*.¹⁵⁶ Entiéndase por *fuerza material* al acto genérico (no interesa su *nomen*, su procedimiento formativo o el órgano del que dimana) que produce normas, siendo imposible encasillar *a priori* a dicho acto en marcos formales. En otro sentido, la idea de *fuerza formal* supone una autorización en lo atinente al acto de producción normativa, es decir, concurre una fijación *a priori* de su nombre, de su procedimiento formativo y del órgano emisor.¹⁵⁷

A la luz de estas dos formas de entender la manifestación de las fuentes del Derecho, y asumiendo que lo común en la cultura jurídica romano-francesa es apropiarse de posturas eclécticas,¹⁵⁸

de tales principios (...). Díez-PICAZO, L., "La doctrina de las Fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVII, fascículo IV, Madrid, Ministerio de Justicia, octubre-diciembre de 1984, p. 941.

¹⁵⁶ Díez-PICAZO, L. "La doctrina...", op. cit, p. 935.

¹⁵⁷ Un estudio detallado sobre el tema en AFTALIÓN, E. y J. VILANOVA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, *in integrum*. También vid BALAGUER CALLEJÓN F, *Fuentes del Derecho. Ordenamiento Constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, *in integrum*.

¹⁵⁸ Aclara GUASTINI que: "(...) si bien la alternativa entre concepción material y concepción formal de las fuentes es bastante clara, lo mismo no puede decirse sobre la concepción de las fuentes efectivamente adoptada por los juristas en nuestra cultura jurídica. De hecho, la noción de fuerza ampliamente dominante en la doctrina jurídica no parece ser ni puramente material, ni puramente formal, sino mixta o ecléctica. En el sentido de que, para identificar las fuentes del derecho, los juristas usan sea un criterio formal, sea uno material. Por un lado (criterio formal), tienden a considerar fuentes del derecho todos los actos que están

cabe preguntarse si la instrumentalidad y el sentido de los principios generales del Derecho se inutilizan si estos no aparecen consagrados en un sistema con carácter de fuente formal, o lo que es lo mismo, si no está autorizada formalmente su aplicación para la solución de determinados casos, perfilándose lo que GORDILLO CAÑAS ha dado a llamar *modestia de su rango normativo*.¹⁵⁹ Una respuesta afirmativa redundaría en un positivismo vulgar, no coincidente con la *nueva teoría de las fuentes* que reseña PERLINGIERI,¹⁶⁰ mientras que una respuesta negativa asume plenamente otro de los grandes patrones funcionales que ellos asumen, a saber, el de ser la *base misma del ordenamiento jurídico*,¹⁶¹ *guía de la aplicación del derecho*¹⁶² e *instrumento de interpretación* (tanto

autorizados a producir normas, incluso cuando, de hecho, no tienen contenido normativo (como ocasionalmente ocurre). Por el otro (criterio material), tienden a considerar, además, fuentes del derecho todos los actos que, de hecho, producen normas, incluso si no existe ninguna norma sobre la producción jurídica que los autorice a producirlas (...)" GUASTINI, R. *Las fuentes...*, op. cit, p. 104. También *vid* APARISI, A. y F. LÓPEZ, "Fuentes del Derecho," en DE LUCAS, J. *Introducción a la Teoría del Derecho*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, pp. 299-342.

¹⁵⁹ GORDILLO CAÑAS, op. cit, p. 41.

¹⁶⁰ *Cfr.* PERLINGIERI, P, "Por un Derecho civil constitucional español," *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, fascículo I, Madrid, Ministerio de Justicia, enero-marzo de 1983, pp. 14-15.

¹⁶¹ Para DE DIEGO: "(...) Los principios elaborados en el seno de la sociedad por obra, en definitiva, no hay necesidad de decirlo, de la razón individual permanecen como en el subsuelo de las formaciones jurídicas; ellos alumbran al legislador y al oscuro iniciador del Derecho consuetudinario, llevan la dirección del progreso jurídico y forman como la reserva normal de las nuevas apariciones o creaciones de derecho. Evidente nos parece que en ese primer aprovechamiento de los principios no quedarán éstos agotados y como consumidos y dispersos en las normas particulares dictadas por el legislador, y es natural suponer que al invocar éste los principios generales del derecho para suplir las lagunas de sus disposiciones, habrá querido referirse a aquellos principios que ya utilizó, y cuyo rico contenido ofrece como espléndida cantera para la formación de nuevas reglas (...)" CLEMENTE DE DIEGO, F. *El método...*, op. cit, p. 294. También *vid*, RIVERA, J. C. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 152-153.

¹⁶² FREIXES SANJUÁN y REMOTTI CARBONELL han expresado que: "(...) Los principios, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento. Esta función es más concreta que la realizada por los valores (de ahí su diferencia funcional con los mismos), ya que a partir de su mayor grado de precisión (pues, aun cuando son indeterminados, son predecibles), los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla. Así, también, de los principios se extraen reglas aplicables a los casos concretos, y la posible trasmutación de los principios en reglas

de las leyes como de las costumbres), receptáculo de raigambre histórica, técnica y de valores socioculturales que posibilitan la fisura del monopolio estatal absoluto en la creación jurídica. En referencia del profesor MATILLA CORREA: “(...) los principios generales del Derecho funcionan, simplemente, como el Titán Atlas con respecto al Derecho Positivo (...)”.¹⁶³

La directriz política a la que responde el sistema de fuentes formales de cualquier país¹⁶⁴ no puede atentar contra la lógica del funcionamiento jurídico, a esa aludida dialéctica entre lo general y lo particular donde los principios son un resultado a la vez que un escalón de partida; no puede invalidar, materialmente, la posibilidad de recurrir a construcciones no positivadas que asistan a la cohesión del ordenamiento, así como a la superación de sus defectos congénitos.¹⁶⁵

supone el ejercicio de diferentes opciones de política legislativa (...). FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C., “Los valores y principios en la interpretación constitucional,” *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 35, Año 12. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1992, p. 103. También consultar los comentarios al respecto ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 54-55. A juicio de este autor: “(...) tres son las funciones atribuidas a los principios generales del Derecho, a saber: fundamentadora, interpretativa y supletoria, en relación con las demás fuentes, porque así se desprende del carácter informador que se les atribuye (...)”.

¹⁶³ MATILLA CORREA, A, *Comentarios...*, op. cit, p. 191.

¹⁶⁴ Con tino, expresaron DIEZ-PICAZO y GULLÓN que: “(...) La enumeración y el establecimiento de la jerarquía de las fuentes es, ante todo, un problema político porque entraña el especial reconocimiento de un ámbito de poder -poder mandar y poder hacerse obedecer-, que en última instancia es un poder de naturaleza política (...). DIEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN, op. cit, p. 101. Con similares argumentos se pronunció sobre la cuestión Jean RIVERO al sostener que: “(...) Entre los elementos que dan a los diversos sistemas jurídicos su originalidad, es preciso situar en primera línea la teoría de las fuentes del Derecho adoptado por cada uno de ellos. Según triunfe en la elaboración del Derecho positivo, lo consuetudinario, la acción del juez o la regla escrita emanada de la autoridad pública, se llega a estructuras jurídicas tan diferentes como el derecho del *Ancien Regime* francés, la *Common Law* británica o el régimen del Código civil napoleónico (...).” RIVERO, J., “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo,” *Revista de Administración Pública*, No. 6, Año II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, septiembre-diciembre de 1951, p. 289.

¹⁶⁵ Este criterio fue compartido por LEGAZ Y LACAMBRA: “(...) es preciso reconocer la eficiencia de los principios generales de Derecho como fuente jurídica, aun en aquellos sectores del

Los principios generales han de estar incorporados en el aparato categorial de razonamiento jurídico de quienes están facultados para aplicar el Derecho,¹⁶⁶ en pos de enriquecer y brindar coherencia (racionalidad) al sistema jurídico, insuflándole un contenido más profundo, flexible y axiológicamente satisfactorio, que permita al jurista ver más allá de lo regulado en las leyes.

En este último sentido cabe traer a la palestra las ideas de NINO, que con mucha fuerza han abogado por un redireccionamiento de los estudios teórico-jurídicos hacia la optimización de la práctica, sobre todo en lo concerniente a la realización de los conceptos morales, teniendo una importante presencia en su argumentación el tema de los principios generales. Según este filósofo del Derecho: “(...) Esta dimensión de la teoría jurídica no es más que una *especialización del discurso moral* (...) Al igual que en el discurso moral ordinario, esta modalidad de teorización frente al derecho persigue justificar los juicios valorativos acerca de la solución correcta para ciertas clases de casos, mostrando que ellos derivan de un sistema coherente de principios generales (...)”.¹⁶⁷

Este razonamiento trae al campo de la funcionalidad la ya analizada matriz ética que caracteriza a los principios generales

Derecho en los que no aparecen expresamente mencionados o, por el contrario, se hallan traducidos en normas jurídicas incompletas, como declaraciones de principios (...)”. LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit, p. 405. Vid comentarios al respecto en PUIG BRUTAU, J, *La jurisprudencia como fuente de Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, pp. 15-49.

¹⁶⁶ Una panorámica sobre la aplicación de los principios generales del Derecho por el magno foro cubano en ARREDONDO SUÁREZ, I, “Los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano,” MATILLA CORREA, A, *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr.C Julio Fernández Bulté*, La Habana-Palma (Mallorca), Universidad de la Habana-Leonard Muntaner Editor, 2009, pp. 181-192; de la misma autora vid, “¿Principios generales del Derecho en el sistema de fuentes?,” *Revista Justicia y Derecho*, No. 14, año 8, La Habana, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, junio de 2009, pp. 39-53;

¹⁶⁷ NINO, C. S, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 344.

del Derecho, cuya naturaleza no descansa exclusivamente en ser un mero resultado de síntesis de la vida jurídica de una sociedad en interacción con las construcciones morales que esta arroja, sino que deviene en un meridiano informador de la interpretación y aplicación del Derecho, a la vez que un cúmulo notable de pautas argumentativas que permiten, sobre todo al juez, formular decisiones coherentes y con posibilidades elevadas de realización y legitimación.

En la doctrina se han manejado dos criterios fundamentales en lo atinente a la aplicación de los principios generales,¹⁶⁸ estos son: el método analógico¹⁶⁹ y el de generalización ascendente y abstracta de la norma particular,¹⁷⁰ siendo este último un proceso a través del cual el juez realiza análisis escalonados tendentes a la generalidad, que mantienen elementos sustanciales de la construcción normativa base e incorporan nuevas derivaciones jurídicas¹⁷¹. En la doctrina argentina CASSAGNE¹⁷² entiende que este procedimiento puede configurar la *aequitas cerebrina*, esto es, el arbitrio judicial *contra legem*.

¹⁶⁸ El profesor MATILLA CORREA ha advertido que: "(...) el proceso de aplicación de los principios generales del Derecho, que está en manos de los órganos facultados para aplicar el Derecho (esencialmente los tribunales), es mucho más complejo que el de aplicación de una ley o costumbre, por las condiciones de determinación que están presentes en las dos últimas y de indeterminación que se patentiza en los primeros. Debido a la falta de precisión exacta de los principios generales del Derecho (no ya en su fuente genérica, sino en cuáles son ellos individualizadamente), su actividad aplicativa debe estar rodeada de una gran cautela, pues la existencia o planteamiento del principio general a utilizar pueden verse *contaminados*, y por ende *adulterados*, con apreciaciones subjetivas provenientes del órgano encargado de su aplicación (...)" MATILLA CORREA, A, *Comentarios...*, op. cit, p. 193.

¹⁶⁹ Una aproximación conceptual al respecto en BOBBIO, N. *Teoría...*, op. cit, pp. 245-249.

¹⁷⁰ *Apud* FERRAJOLI, L, *Epistemología jurídica y garantismo*, México DF, Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 75 y ss; y GUASTINI, R. *Estudios...*, op. cit, pp. 137-142. En la doctrina nacional *vid* MATILLA CORREA, A, *Comentarios...*, op. cit, p. 192; FERRARI YAUNNER, M, op. cit, p. 103.

¹⁷¹ Al respecto *vid* las explicaciones de GUASTINI, R. *Estudios...*, op. cit, pp. 139 y ss; y de PUIG BRUTAU, J, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Editorial Ariel, 1951, pp. 97-101.

¹⁷² CASSAGNE, J. C, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 12.

En relación con la analogía,¹⁷³ entendida desde la perspectiva metódica, y la aplicación de los principios generales del Derecho, entendidos como el material necesario para desarrollar este método, resulta notorio que es la analogía *iuris* la que presenta mayor vocación en este sentido, pues materializa el carácter transversal que estos suponen en toda la alineación jurídica.¹⁷⁴ Este razonamiento sería aplicable a la analogía *legis* si se entendiera que todas las reglas están sustentadas en principios, deduciendo a esta sustentación como un fenómeno que brinda legitimidad a estas *ab intra* del sistema.¹⁷⁵

Como sostuvo PRIETO SANCHÍS: “(...) la obtención de los principios implícitos tiene bastante que ver con la analogía, pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone el reconocimiento de un principio general. Tal vez la diferencia consiste en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía *legis* que en el caso de la analogía *iuris* (...)”.¹⁷⁶ Con esta exposición se ha de llegar a una conclusión:

¹⁷³ Vid, BETTI, E, op. cit, pp. 69-84. Para este maestro italiano: “(...) *L'impostazione data al problema dell'analogia dai seguaci del dogma della volontà legislativa (...) Non si tratta, infatti, di sapere come avrebbe deciso il legislatore, se avesse fermato la sua consapevole attenzione sulle situazioni di fatto sfuggite alla sua previsione: non si tratta, cioè, di andaré alla ricerca di una decisione verosimile o presumibile di carattere ipotetico. Siffatta impostazione non si giustifica se non da un punto di vista decisionistico che tenda a concepire il Diritto, piuttosto che come prodotto di ratio, come imposizione di una voluntas, anche irrazionale, la quale stat pro ratione (...)*”.

¹⁷⁴ Apud ATIENZA, M, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, S.A, 1986, pp. 63-66.

¹⁷⁵ Según la apreciación de PRIETO SANCHÍS: “(...) Las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresadas no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-particular; a veces, los principios son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas (...)”. PRIETO SANCHÍS, L, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 210.

¹⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, L, op. cit, p. 210. También vid CARNELUTTI, F, op. cit, pp. 118-123. Para ATIENZA: “(...) los argumentos por analogía poseen también este mismo carácter inconcluyente pues, en realidad, argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito -o no tan explícito- de principios. La analogía presupone también la coherencia del derecho, e implica siempre un momento

el método analógico no agota la funcionalidad de los principios generales del Derecho, pues si bien la institución de la analogía, sea *iuris* o *legis* según lo dicho, supone necesariamente el despliegue de determinado (s) principio (s), estos pueden ser aplicados directamente a través del juicio de valor adecuado, manifestado, explícita o implícitamente, en el pertinente ejercicio argumentativo.¹⁷⁷ En una relación género-especie asumen los principios generales la posición genérica, siendo la analogía una de sus varias formas de manifestación. Sostener lo contrario sería realizar una apología de la visión *iuspositivista*, obviando el carácter de *substancia* y el rol informador que a estos compete.

Otra interpretación interesante sobre la perspectiva funcional de los principios generales, que destaca por su lógica

valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen; se sustentan, precisamente, en razones de principio (...)" ATIENZA, M, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México D.F. UNAM, 2005, p. 121. En la doctrina del patio la profesora FERRARI YAUNNER ha tratado este asunto con sutileza. En ocasión de los resultados de su investigación doctoral expresó que: "(...) En aras de la salvaguarda de la legalidad, las legislaciones prefieren que se acuda a la analogía primeramente, pero esta no es sino un recurso técnico. Si se trata de un principio establecido en una norma, como principio explícito, el intérprete, recurriendo a la analogía, estaría a la vez aplicando el principio subyacente (...). Los principios son siempre fundamento, subyacen, ya sea en la analogía, en la costumbre, o en cualquiera de los métodos o fuentes a las que se acuda para integrar (...); se pretende afirmar que los principios del Derecho están presentes en toda acción de integración. Incluso, cuando se soluciona con el argumento *a contrario*, este también estaría sustentado en aquel principio que establece que *todo lo que no esté expresamente prohibido, se presume permitido*. La propia esencia de la necesidad de integrar se sostiene, desde el punto de vista procesal, en el principio del *non liquet*, y desde el punto de vista sustantivo en el principio de seguridad jurídica que imprime en el ciudadano la certeza de no quedar desprotegido a pesar de las lagunas, de lo que se deriva el presupuesto de la plenitud (...)" FERRARI YAUNNER, M, op. cit, pp. 104-105.

¹⁷⁷ REALE se pronunció en este sentido sosteniendo que: "(...) la analogía consiste esencialmente en llenar una laguna existente en la ley, gracias a un raciocinio fundado en razones de semejanza, en la correspondencia entre ciertas notas características del caso regulado y las de aquel que no lo está. El recurso a la costumbre y a los principios generales no impide la apelación a la analogía, sobre todo si se tiene en cuenta que todo raciocinio analógico presupone la correspondencia entre las dos modalidades de lo real puestas en contacto (*analogía entis*) y conduce naturalmente al punto de los principios (...)" REALE, M, op. cit, p. 148. Consultar igualmente a ATIENZA, M, "*Sobre Creación judicial del Derecho*" de Eugenio Bulygin," BULYGIN, E, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, op. cit, pp. 118-119.

organizativa e integradora de lo dicho hasta el momento, fue expuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO.¹⁷⁸ La cuestión se puede analizar, según estos autores españoles, aludiendo a la *dimensión explicativa* y a la *dimensión justificatoria* de los mismos. En la explicación del Derecho los principios son piezas o instrumentos didácticos (leyes científicas) a través de los cuales se puede comprender una realidad determinada, atendiendo al grado de abstracción con que se pretenda descifrar dicha realidad, esto es, el Derecho en general, el ordenamiento jurídico en particular o un sector de este.

Por mediación de los principios generales se puede entender el funcionamiento de determinada institución en el conjunto del ordenamiento jurídico y en el sistema social, a la vez que permiten aprehender al Derecho no como una simple sumatoria de pautas sino como una realidad orgánica y sistémica (función sistematizadora) dotada de coherencia.¹⁷⁹ Por este motivo conocer los principios tributa a un conocimiento anticipado de las problemáticas que se pueden derivar de una regulación a través de instituciones específicas.

En lo que interesa a la función de justificación, esta se puede entender en relación con el razonamiento y la argumentación en el campo del Derecho, dándose una interesante y compleja dinámica entre principios y reglas como categorías

¹⁷⁸ ATIENZA, M y J. RUIZ MANERO, op. cit, pp. 14-19.

¹⁷⁹ Apud PRIETO SANCHÍS, L, *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1999, pp. 34-48; REALE, M, op. cit, pp. 147-149. En sinonimia ha dicho SENDÍN GARCÍA que: "(...) los principios generales juegan un papel informador del conjunto del ordenamiento jurídico. Labor que se proyecta a su vez en una pluralidad de funciones. Así, en primer lugar, son elemento fundamentador del ordenamiento jurídico, dotando a éste de un sentido y una racionalidad propias, que impide su simple consideración como una mera conjunción de normas, más o menos armónica, para convertirlo en una unidad dotada de sentido (...)". SENDÍN GARCÍA, M. A, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo español," *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, 2008, pp. 435-436. También vid HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo," *Los principios en...*, op. cit, pp. 660.

lógicas que, desde diferentes ángulos, conjugan soluciones a los más disímiles casos y participan de la explicación razonada de las mismas.¹⁸⁰

Se puede evaluar al compás de lo dicho la notable funcionalidad de los principios generales del Derecho en toda la complejidad jurídica, como “(...) pilares y paredes maestras del edificio jurídico (...)”¹⁸¹ siendo errado considerar que la aplicación de estos ha de estar necesariamente mediada o condicionada por la existencia de una laguna de la ley. Esa es una concepción de antaño que no puede hacer coincidir sus argumentos con la realidad, dado que desconoce la justicialidad directa que los define y en virtud de la cual: “(...) se nos permitiría recurrir cualquier acto jurídico (excepto, claro está, los que tengan rango de ley formal y el principio no tenga rango constitucional) que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama (...)”¹⁸²

Es una falacia pensar que los principios generales no poseen vocación de aplicabilidad directa, tanto más vinculante en cuanto vengán recogidos en la Constitución según ZAGREBELSKY,¹⁸³ puesto que si así fuera, ¿cómo se podría garantizar la irrestricta observancia y la plena realización del contenido que proponen? Sin temor a equívocos, esta potencialidad aplicativa es génesis y colofón de todo el entramado funcional descrito.

Como se ha visto, las funciones de los principios generales del Derecho son correlativas con la complejidad de su construcción ontológico-jurídica. Estos constituyen un elemento

¹⁸⁰ Apud CARRIÓ, G. R, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1989, pp. 45 y ss; También *vid*, ATIENZA, M, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A, 1993, pp. 119 y ss; y GASCÓN ABELLÁN, M, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993. pp. 15-49.

¹⁸¹ REALE, M, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸² BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸³ ZAGREBELSKY, G, *op. cit.*, p. 117.

implícito, un conjunto de ideas sistemáticas¹⁸⁴ inherentes a la esencia misma de lo jurídico, razón por la cual su atención no depende del mero reconocimiento de su vinculación jurídica en una estructuración formal de fuentes. Son construcciones que sistematizan, brindan sustento y coherencia, proyectan¹⁸⁵ y racionalizan el orden de Derecho en una sociedad determinada, aunque claramente pueden ostentar el carácter de *universales*. A través de su estudio se puede, como dijera en ingeniosa referencia verniana el precitado MATILLA CORREA, realizar un *viaje al centro del ordenamiento jurídico*.¹⁸⁶

VIII. A modo de cierre

En consonancia con lo expuesto, se presentan las siguientes ideas conclusivas:

- Los principios generales del Derecho tienen una existencia objetiva y su conceptualización integral está en necesaria concordancia con la visión global que sobre el Derecho se profese.
- Sólo desde una perspectiva multidimensional y compleja del fenómeno jurídico se puede construir una teoría cabal sobre los principios, que los diferencie de los valores y las reglas desde los predios de la lógica formal y desde su real operatividad jurídica y que encierre referencias condicionantes variadas, a saber: históricas, técnicas, políticas, culturales, consuetudinarias, sociales, entre otras.

¹⁸⁴ POUND, R, "El Derecho y la Ciencia del Derecho en las teorías recientes," *Revista jurídica argentina La Ley*, tomo XXIX, Sección Doctrina, enero-marzo de 1943, p. 826. También *vid* POUND, R, *An Introduction to the Philosophy of Law*, United States of America, Yale University Press, 1930, pp. 34-36 y 116.

¹⁸⁵ Según VALDECASAS: "(...) Esta virtud o fuerza expansiva de los principios, gracias a la cual pueden servir para llenar las lagunas jurídicas, es la que tuvo en cuenta el legislador español al indicar al Juez su aplicación en defecto de la ley y costumbre (...)". VALDECASAS, G, *op. cit.*, p. 333. También *vid* LARENZ, K. *Metodología...*, *op. cit.*, p. 363 y ss.

¹⁸⁶ MATILLA CORREA, A, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 187.

- La doctrina *iusnaturalista* constituye la materia prima de la arquitectura ontológica de los principios generales del Derecho, en virtud de potenciar la existencia de construcciones jurídicas fuera del ordenamiento jurídico que lo informen y lo determinen.
- La doctrina *iuspositivista*, por su parte, reduce el contenido de los principios generales del Derecho a la materia positivada, llegándose a ellos de forma unilateral a través de un procedimiento de razonamiento ascendente que obvia la más elemental dialéctica entre lo general y lo particular en la ciencia del Derecho.
- Los principios generales del Derecho realizan funciones disímiles. No pueden ser asociados únicamente con la metodología analógica, pues desempeñan igualmente un rol informador, de sistematización, de integración, de racionalización y de interpretación de toda la ordenación jurídica.

Los derechos privados constituidos sobre sepulturas. Reflexiones desde su problemática actual

*Erick Ortega García*¹ | Universidad de Camagüey

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 830-847

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e326>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6723-9716>

I. Introducción a la problemática actual en el reconocimiento de derechos sobre bienes cementeriales

La concepción de los cementerios públicos, desde la perspectiva propia del Derecho, posee actualmente una destacada relevancia social y jurídica. Sobre todo cementerio, tanto los públicos como los privados, concurren potestades públicas, y potestades o derechos de los sujetos particulares que son usuarios del servicio de cementerio². Parte de sus contradicciones normativas, que generan lagunas en los ordenamientos, viene dado desde la evolución histórica de los camposantos. Su nacimiento junto al hombre disponiendo sitios para inhumar los restos humanos, en consonancia con sus creencias religiosas, produjo un retardo en su evaluación como sujeto de derechos.

Todo ello ha generado que una de las principales dificultades a las que se enfrentan los operadores jurídicos al tratar las cuestiones que afectan a cementerios, es la complejidad y

¹ El autor es Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey.

² Rodríguez Blanco, Miguel, Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas, Granada, Comares S. L., 2015, pp. 71-85.

dispersión del régimen jurídico de cementerios, de las fuentes³. De esta forma, surgen arbitrariedades que perjudican los derechos de los administrados, y que pueden generar responsabilidad de la administración por ejecución de actos absoluta o relativamente nulos. Esta situación exige una labor de exégesis en la que el ámbito competencial y las atribuciones de los sujetos intervinientes queden fijados con precisión⁴.

II. El cementerio y los derechos sobre bienes cementeriales. Su concepción moderna derivada del Derecho administrativo

Europa constituyó el escenario propicio para el surgimiento de los cementerios modernos, tal y como lo conocemos en la actualidad. La monarquía europea advierte las profundas afectaciones que a la salud genera la concentración de cadáveres en las ciudades⁵. Los cambios político-jurídicos en la Francia de finales del siglo XVII, permitieron el desarrollo del cementerio contemporáneo. La insalubridad de las ciudades, provocó que el debate del estado de los cementerios por la Corte del Parlamento francés en 1737. Así, mediante Edicto en 1763, se decide su traslado a las afueras de las ciudades⁶.

Otro tanto sucede en España, cuya situación de salubridad era semejante. En 1784, el rey Carlos III decide construir un cementerio para el Real Sitio de San Idelfonso, dotado de un Reglamento propio. Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Real Cédula del 3 de abril de 1787, que se materializó la prohibición de

³ Tolivar Alas, Leopoldo "Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios", en Muñoz, S. (Coord.) Tratado de Derecho Municipal, Volumen II, 2da Edición, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1745-1748.

⁴ Rodríguez Blanco, Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas, *op. cit.* p. 2.

⁵ Bertrand, Russell, "Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método", en Revista Trace, No. 58, diciembre 2010, pp. 71-81.

⁶ Ariés, Philip, El hombre ante la muerte, Madrid, Taurus Ediciones, 1984, p. 180.

enterramientos intramuros⁷. Para la sociedad inglesa, la solución a la insalubridad provocada por los enterramientos parroquiales, fue la autorización de cementerios privados⁸. Sin embargo, la situación requirió que en 1848 se sancionara Ley de Salud Pública, que sentó las bases de la salubridad pública e inició el proceso legislativo de los cementerios británicos.

Alemania atravesó esta situación de manera menos angustiosa. A raíz de la quiebra de los movimientos liberales de 1848, fueron sensibilizados por los problemas de las reformas sociales y políticas sucedidas. En este contexto, se forja la necesidad de la regulación de los nuevos cementerios extraurbanos⁹. Italia, siguiendo esta línea, pondera la Ley del 20 de marzo de 1865, denominada “Ley sobre la unificación administrativa del Reino”. Con ella, se levantaron los cimientos del ordenamiento administrativo que perfiló la regulación administrativa de los cementerios¹⁰.

A partir del siglo XIX¹¹, la mayoría de los antiguos cementerios parroquiales europeos se convirtieron en plazas, mercados o en instalaciones eclesiásticas. Surgió así la segunda generación de nuevos cementerios modernos que se caracterizarán por su aislamiento de la población. Sus concepciones y tipologías

⁷ González, A., El cementerio español de los siglos. XVIII y XIX, España, Archivo Español de Arte, No.171, 1970, pp. 289-320.

⁸ Keith-Lucas, B. y Richards, P. G. Historia del Régimen Local Inglés en el siglo XX. Colección “Administración y Ciudadano”, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, p. 51.

⁹ El mayor exponente de estos escritores es relativamente tardío, su nombre es Lorenz van Stein al cual se debe un enorme *Verwaltungslehre* en 10 volúmenes que se comenzó a publicar en 1865. Giannini, Massimo Severo, Derecho Administrativo, trad. Luis Ortega, Vol. 1ro, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991, pp. 61-62.

¹⁰ Alessi, Renato, Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1960, p. 20.

¹¹ Esta etapa discurre desde el siglo XIX a nuestros días, y se caracteriza por la idea del Derecho reduciendo cada vez más la facultad discrecional del Estado. Sin embargo, a partir de 1914, se han intensificado la actividad del Estado, que podría hablarse de una nueva etapa, caracterizada por la intervención administrativa en la vida de las naciones. Monacelli, Gualterio, Elementos de Derecho Administrativo y Legislación Fiscal y Aduanera, 9na Edición, Buenos Aires, “El Ateneo”, 1961, p. 11.

fueron posteriormente expandidas al mundo entero, adoptando los diversos estilos modernos que sobre su constitución hoy existen¹².

II.1 Entre la propiedad y la concesión: los derechos constituidos sobre sepultura

Para las sociedades civilizadas, el derecho del hombre a que su cadáver reciba sepultura, y no quede expuesto a la intemperie o al abandono, constituye un atributo o prerrogativa inherente a la personalidad¹³. Al resultar el objeto de los cementerios, la inhumación de cadáveres humanos, las sepulturas devienen en su concreción. Desde las primeras culturas, la determinación de lugares de enterramientos alentó la constitución de derechos subjetivos sobre los sepulcros.

Las sepulturas españolas se concedían en el régimen de *propiedad a perpetuidad*, lo que las hacía susceptible de enajenación. Así estipulado en la ordenación de los cementerios municipales del siglo XIX, se establecía en diversos reglamentos de cementerios aprobados por los Ayuntamientos¹⁴. Esta condición, permitió su libre disposición, en consonancia a las regulaciones civiles. Los derechos otorgados a perpetuidad, en virtud del principio de confianza legítima, prevalecen con el respeto a las garantías reconocidas a favor del administrado. De esta forma, no cabe la aplicación retroactiva de las nuevas ordenanzas municipales que fijan un límite a la duración de las concesiones¹⁵.

¹² Cabarro, N., "Cementerios parque: un espacio para la ilusión", en Revista de Arquitectura SCA, Buenos Aires, No. 194, 1999, pp. 66-73.

¹³ Ortega García, Erick, El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano. Tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Cuba, 2016, pp. 35-42.

¹⁴ Rodríguez Blanco, Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas, *op. cit.* pp. 103-108.

¹⁵ Ballesteros Moffa, Luis Ángel, "Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el Derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia", en Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, No. 129, 2006, pp. 173-197.

Francia por su parte tuvo una similar concepción de los sepulcros. Entre el período de 1850 a 1870 y el de 1920 a 1950, se sitúa la edad de oro de los cementerios franceses. Estas etapas estuvieron marcadas por la aparición de tumbas fuera de lo común por el tamaño, los materiales, las esculturas y características del desarrollo de la propiedad de la concesión entre las clases medias¹⁶. Los cementerios franceses se constituyen ampliamente por fosas comunes y tumbas simples en provecho de las concesiones temporales y a perpetuidad¹⁷.

Otro sentido diametralmente opuesto tomó la regulación de los derechos sobre las sepulturas alemanas, al enmarcarlos en el ámbito privado. Desde finales del siglo XIX, la privatización de tareas públicas transforma al Derecho administrativo alemán. Su concepción se basa en la idea de que los particulares, con su iniciativa y sus recursos, pueden cumplir los cometidos públicos de mejor manera que las autoridades administrativas. El empresario privado tiene una responsabilidad de cumplimiento, en tanto el Estado solo de garantía. Así, las sepulturas se conceden por particulares, dentro del régimen privado de administración de cementerios¹⁸.

Las influencias europeas encontraron asidero en América con similar proyección. En Estados Unidos de América, durante la segunda mitad del siglo XIX, el Estado de Nueva York fue uno de los lugares mejor y más extensamente codificado. Como resultado, el Código Político de 1860¹⁹, constituye un manual de Derecho público administrativo, que especifica el desenvolvimiento del Estado. Es a partir de su artículo 1106 que ofrece una clara

¹⁶ Bertrand, Russell, "Que de vertus.... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle", en Bertrand Russell, Anne C., y Jean-Noël P. , Les narrations de la mort, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2005, pp. 241-255.

¹⁷ Bertrand, "Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método", *op. cit.*

¹⁸ Ibler, M., "Los nuevos retos y tendencias del Derecho administrativo en Alemania", en Revista IUSTA, Bogotá, No. 45, 2016, pp. 165-182.

¹⁹ New York Field Codes Series. Volume V. State of New York. The Lawbook Exchange, Ltd.-Clark, New Jersey-Biblio.com, (Consulta: 2 de noviembre de 2018). Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchange/tdclark&usg=AOvVaw0T64rKbVlfZY7l_NMsAXH

ordenación de los cementerios. De acuerdo a sus posturas, la adquisición de los cementerios debía realizarse a nombre del pueblo, siendo inenajenables, salvo resolución de autoridad comunal²⁰.

Más controversial ha sido el tratamiento de los sepulcros en Argentina. Importantes autores como Barraquero, sostuvo que el sepulcro constituye un bien de naturaleza civil. Para ello, se fundamentan en el Decreto argentino del 3 de septiembre de 1823, en el que se enuncian términos como *venta y compra* de sepulturas. Ello significa que se trataba de bienes privados, criterio que también seguía la Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, No. 1260. En efecto, estos términos, en unión a otros como *propiedad de las sepulturas, venta de nichos, panteones particulares, comprador de terreno para sepulcro*, se empleaban con otras expresiones que contradecían a aquéllas²¹.

De la regulación administrativa de los camposantos modernos a partir del siglo XVIII, se evidencia que, a pesar de ser doctrina aceptada su sometimiento al servicio público, los derechos que sobre sus bienes se constituyeron no siempre guardaron esta misma esencia. Ello provocó su aprovechamiento individual desentendido de la unidad inmobiliaria. Precisamente, la sepultura deviene en la expresión concreta y materializada del derecho de uso público emergente, asentado sobre la dependencia demanial que resulta el cementerio²².

III. Los cementerios públicos como sujetos de derechos. Su naturaleza jurídica ¿pública o privada?

A partir de la secularización de los cementerios públicos, comienza una seria confrontación doctrinal en cuanto a su

²⁰ Miguens, A. M. "Se pulcro", XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.

²¹ Barraquero, Carette, Atwell, Ocantos, Requena, Diccionario de Legislación Nacional y Provincial, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1912, pp. 295, 298 y 300.

²² Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. 252-271.

condición jurídica. Al efecto, se distinguen tres grupos que defienden posiciones doctrinarias opuestas. El primero, les atribuye carácter de bienes privados del Estado²³; el segundo, los considera bienes integrantes del dominio público²⁴; y el último plantea una teoría ecléctica en la que los cementerios sólo en parte son bienes del dominio público, pues sus nichos y sepulcros, constituyen bienes privados del municipio y los concesionarios²⁵.

El fundamento privado de los cementerios se sustenta en que, al resultar éstos fuentes de recursos para las comunas, pueden otorgarse concesiones onerosas, que permitan al Estado recibir un beneficio económico. Tal análisis parte de la existencia de cementerios privados, sobre los que se ejerce la afectación al servicio de inhumaciones y el poder de policía. Por lo que estas potestades no resultan incompatibles con la propiedad privada²⁶.

Para Guicciardi, el carácter privado de los cementerios se debe a que la actividad del Estado respecto de los cementerios

²³ Batbie, A. P., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1888, p. 319; Ducrocq, Th., *Cours de Droit Administratif*, Tome 6, No. 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings, Éditeurs, 1900, pp. 270-272; Journè, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, p. 329; Guicciardi, Enrico, *Il Demanio*, Milano, CEDAM, 1934, pp. 153-154.

²⁴ Proudhon, Pierre-Joseph, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Tome Premier, Dijon, Ed. Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833, pp. 460-462; Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, Tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 121-122 y 236; Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Ed. Recueil Sirey, 1927, p. 826; Fernández de Velasco, Recaredo, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, Madrid, Revista de derecho privado, 1935, pp. 203-205; Laubadère, André de, "Les concessions dans les cimetières", en *Revue du droit public et de la science politique*, Paris, Dalloz, 1936, pp. 612-620; Jansse, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz, 1938, pp. 125-126.

²⁵ Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)*, Tomo 1, No. 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1923, p. 751. Pérez Gálvez, Juan Francisco, *El sistema funerario en el Derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 335-348.

²⁶ Ducrocq, *Cours de Droit Administratif*, Tome 6, *op. cit.* p. 271; Batbie, *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, *op. cit.* p. 319.

no es exclusiva de él, pues también existen cementerios particulares. Pero como la exclusividad de las respectivas funciones del Estado, es uno de los requisitos que deben concurrir para que la cosa pueda considerarse demanial, debe negarse esta condición a los cementerios. Por su parte, Barraquero le atribuyó este carácter, basado en las leyes dictadas al respecto, que disponían la venta de las parcelas para construir sepulcros, al considerarlas una desafectación del respectivo bien público²⁷.

En los aspectos referidos, debe valorarse que los bienes demaniales no requieren necesariamente la improductividad, o que las concesiones de uso sean gratuitas. Además, en el caso de los cementerios privados, no puede hablarse de dominio público, al no concurrir uno de sus elementos indispensables: el elemento subjetivo. A ello se suma que la condición del cementerio ha de encontrarse en sí mismo. No es público o privado porque pertenezca o uno u otro sujeto, pues la realidad jurídica positiva no distingue, refiriendo simplemente, cementerio. Por eso, el poder de policía se manifiesta sobre toda clase de actividades, ya sean públicas o privadas²⁸.

La teoría ecléctica, que hace distinción entre el régimen de dominio público sobre el cementerio, y de dominio privado sobre los sepulcros, dio lugar a un considerable número de corrientes doctrinales que intentaron justificar su naturaleza jurídica. Algunos autores pretendieron resolver esta cuestión sosteniendo que los sepulcros constituyen una propiedad *sui generis*²⁹, criterio que siguieron algunos tribunales. Otros expositores consideraron al derecho de sepulcro como un contrato

²⁷ Barraquero, referenciado en Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, *op. cit.* pp. 255-256.

²⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, B. *Derecho...* Tomo IV...*ob.cit.*, p. 403.

²⁹ Esta doctrina plantea la diferenciación entre el derecho de acceso al servicio (cementerio), y el uso privativo sobre el bien de dominio público (sepultura), por lo que la naturaleza de las sepulturas privadas en los cementerios municipales no consisten en derechos reales administrativos, sino en una propiedad *sui generis*. Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales), Tomo 1, *op. cit.* p. 751. Pérez Gálvez, El sistema funerario en el Derecho español, *op. cit.* pp. 335-348.

innominado celebrado entre el Estado y el particular. Por último, se suma la opinión que igualó al sepulcro con un bien de derecho civil³⁰, estableciendo una propiedad común sobre el sepulcro³¹.

Se impone entonces la doctrina del dominio público. El cementerio, como parte del dominio público, aparte de consentir su uso -común o especial- por los administrados, presta el servicio público de inhumaciones. Sobre la base de un bien demanial, cuyo uso tienen los administrados, existe, además, prestación de un servicio público. Por tanto, es el cementerio un servicio público, en tanto que la sepultura se traduce en el uso de ese servicio³².

IV. Límites y contenido de los derechos reconocidos en los cementerios públicos. Otros derechos en colisión

La esencia demanial de los cementerios públicos, atribuye igual naturaleza jurídica a las sepulturas incorporadas a ellos. Tal situación pondera un servicio público destinado a su uso privativo, que deviene en el acto jurídico en cuyo mérito los particulares pueden adquirir derechos. Así, se garantiza que la sepultura sea únicamente utilizada de acuerdo a su fin, por personas con facultad para ello. Su materialización se lleva a cabo a través de los medios que al efecto establezca o reconozca la normativa vigente en el lugar³³. En tal sentido pueden ser, el permiso de uso³⁴ aplicado por la Administración para que

³⁰ Igual criterio sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Citada en Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, *op. cit.* p. 260.

³¹ Bielsa, Derecho administrativo, Tomo III, *op. cit.* p. 444.

³² Fernández de Velasco, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *op. cit.* p. 248.

³³ Fernández de Velasco es claro cuando reconoce los usos privativos temporales y a perpetuidad, como medios de expresión de derechos sobre sepulturas, criterio al que se afilia la investigación. Fernández de Velasco, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *op. cit.* pp. 210-211.

³⁴ Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II (Parte General: Conclusión), 7ma edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 471.

los usuarios aprovechen y usen los cementerios; y la concesión de uso³⁵ para actividades de importancia jurídica-económica-social³⁶.

Cabe entonces delimitar los tipos de sepulturas en los que serán utilizados uno u otro medio de uso. Por un lado, el uso de fosas u osarios comunes y nichos, será autorizado a través de un permiso. En cambio, el uso de la tierra como sepultura y sepulcros, entendidos como bóvedas, panteones, mausoleos, serán autorizados mediante un acto concesional. En este entorno, baste significar que la concesión, a diferencia del permiso, no es el otorgamiento de un derecho precario. Al contrario, se otorga un verdadero derecho subjetivo para su concesionario, conformándose como un derecho real administrativo³⁷.

El derecho de los permisionarios, se enmarca en uso exclusivo y excluyente. Ello conlleva a que desde el momento de su otorgamiento, para la custodia, guarda y depósito de cadáveres, se excluye cualquier otro fin para el cual pudiera destinarse. No obstante, bajo la nota de precariedad, la Administración se reserva el derecho de establecer un término de duración, y extinguirlo unilateralmente. Esta situación justifica que, para la utilización de fosas comunes y nichos, es la Administración quien asume su edificación y emplazamiento. Por tanto, a pesar de que su uso pueda disponerse de forma gratuita u onerosa, este derecho no genera la posibilidad de transmisión a terceros³⁸.

Por otro lado, el derecho de los concesionarios implica, además del descrito uso exclusivo y excluyente, la atribución de

³⁵ Matilla Correa, Andry, Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana, 2005, p. 36

³⁶ Fernández de Velasco, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *op. cit.* p. 162.

³⁷ Mayer, El derecho administrativo alemán, Tomo III, *op. cit.* p. 248; González Pérez, Jesús, Los derechos reales administrativos, Madrid, Civitas, S.A., 1975, p. 106.

³⁸ Fernández de Velasco, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *op. cit.* p. 210.

levantar la construcción o monumento funerario. Esta facultad deviene en un derecho inherente al uso mismo de la concesión. En estos casos, debe conllevar la posibilidad de construir los elementos indispensables para la consecución del fin para el cual se otorgó. Además, genera la posibilidad de su transmisión a terceros por acto inter vivos o mortis causa. Esta transmisión se puede ejecutar, siempre que la concesión no lo prohíba y se respeten sus condiciones, o esté permitido según los reglamentos municipales. Pueden constituirse a título gratuito u oneroso, cuando se pacta algún precio, éste será un simple canon, que no debe confundirse con impuesto o tasa³⁹.

Otra cuestión que resalta, es el otorgamiento de concesiones de forma temporal o perpetua. Al respecto, existen dos corrientes, que si bien coinciden en la temporalidad de las concesiones, sus opiniones se bifurcan en cuanto a su perpetuidad⁴⁰. El primer grupo plantea que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos⁴¹. La existencia de un plazo cierto prorrogable, al decir de Parada⁴², constituye un requisito estructural de la concesión, que asegura la continuidad de la prestación del servicio, y garantiza los derechos del concesionario.

Los seguidores de esta corriente se basan en la significación del plazo para el cumplimiento y extinción de la concesión. Este

³⁹ Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, *op. cit.* pp. 187-189.

⁴⁰ Existe una corriente doctrinaria que excluye a las sepulturas del régimen concesional. En ella se enfatiza que la concepción de la sepultura se resuelve con el servicio público. Por lo que, al considerarla como un servicio, su naturaleza de cosa sagrada, no le permite ser objeto de contrato, ni de legado, ni susceptible de prescripción, embargo o hipoteca. Por tanto, su otorgamiento constituye una prestación singular de un servicio público que se identifica con la utilización excluyente del bien. Zanobini, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, *op. cit.* p. 106; Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1970, p. 411. Al alejarse de la concepción de uso privativo, a este criterio no se acoge el presente artículo.

⁴¹ Opinión sostenida por Dalmacio Vélez Sarsfield, seguida por varios escritores patrios. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, *op. cit.* p. 184.

⁴² Parada Vázquez, José Ramón, Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 15ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 347.

puede concretarse con el señalamiento de un límite temporal de ejercicio de los derechos y facultades que la concesión otorga al concesionario. Su término es no sólo cierto, sino fijo o determinado (*dies certus an et quando*). Así mismo, en el aspecto jurídico constituye una garantía del respeto de la Administración hacia el ejercicio de esos derechos y facultades⁴³.

Visto así, la temporalidad deviene en principio estructural en la relación concesional. Sin embargo, encuentra una excepción ante la posibilidad de constituirse sin un plazo o término fijado⁴⁴. En tales casos, se configuran las concepciones perpetuas de sepulturas, acogidas por el segundo grupo de tratadistas, que reconocen la validez jurídica de la perpetuidad en las concesiones de uso⁴⁵.

La concesión de uso otorgada a perpetuidad, es compatible con el régimen del dominio público. Esta aseveración se sustenta en que tal condición provee la seguridad jurídica que garantiza el bienestar y tranquilidad individuales. Al resultar constitutivas de un derecho de uso acorde a su destino, no son traslativas de dominio. Su situación jurídica se equipara al tratamiento de las concesiones temporarias susceptibles a renovaciones sucesivas. Además, a pesar de su condición, el Estado puede imponer sobre ellas las modificaciones que se deriven de nuevas necesidades sociales. Por último, la perpetuidad no impide la revocación de la concesión, cuando razones de interés público así lo requieran⁴⁶.

⁴³ Villar Palasí, José Luis, *Concesiones administrativas*, Tomo IV, Barcelona, N.E.J. Seix, 1952, p. 756; Albi, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 650; López Pellicer y Sánchez Díaz, *La concesión administrativa en la esfera local*, *op. cit.* pp. 189-191.

⁴⁴ Matilla Correa, *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, *op. cit.* p. 125.

⁴⁵ Arbus, Pacelli, Bibiloni, Lafaille. Así lo refiere Fernández de Velasco, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, *op. cit.* pp. 243-244.

⁴⁶ Fernández de Velasco, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, *op. cit.* pp. 243-244.

Desde estas opiniones debe entenderse que, en el régimen concesional de las sepulturas, la renovación tutela la voluntad de los familiares, de hacer reposar los restos de sus seres queridos en un determinado lugar. Con ella se garantizaría a su vez, la transmisibilidad del derecho funerario y el uso privativo de construcciones como panteones y mausoleos. Para el cementerio, como bien de dominio público, la renovación de una concesión una vez expirado el plazo de duración, contribuye al cumplimiento de su finalidad concreta. Ésta debe tener lugar, siempre que no existieran razones objetivas de interés público que lo impidan, en cuyo caso concreto, la Administración tendría que acreditar⁴⁷.

Así, la posesión desarrollada tanto por los permisionarios, como por los concesionarios, no puede ser civil, al carecerse de la intensión de apropiarse de la cosa. Tampoco puede poseerse en otro concepto que en el de tenedor que la conserva o disfruta, por encontrarse el dominio en otra persona⁴⁸. No obstante, se les reconoce el derecho a promover acciones posesorias contra terceros, respecto al uso de la cosa objeto del permiso o concesión. Ello se debe a que tales permisionarios y concesionarios, con relación a terceros, poseen la *quasi possessio iuris* del bien.

En el contenido de ambos medios de uso privativo se enmarcan las servidumbres administrativas que en su utilización se dispongan. Sólo se requiere para su imposición, que sean compatibles con el fin que motiva la afectación de la cosa. De igual forma, se ejercen las potestades administrativas que protegen el pleno dominio de la Administración concedente, en armónica relación de intereses públicos y privados.

V. Conclusiones

De manera general, la existencia de cementerios y lugares enterramientos data desde la antigüedad. Durante el cristianismo,

⁴⁷ Rodríguez Blanco, Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas, *op. cit.* p. 109.

⁴⁸ Fernández de Velasco, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *op. cit.* pp. 211-212.

los romanos variaron las costumbres funerarias, al utilizar fosas comunes llamadas catacumbas. La expansión del cristianismo en la Edad Media, resultó en la construcción de iglesias y alrededor de ellas los cementerios. En estos fue sepultada la gente común, mientras que el clérigo y la nobleza se ubicaban en el interior de las iglesias. A partir del siglo XVIII esta costumbre medieval fue criticada, por los malos olores que originaron focos de enfermedades y la saturación de estos espacios. Así, a finales del siglo XVIII se establecieron los cementerios extraurbanos modernos.

Los cementerios antiguos se mantuvieron bajo un manto religioso y mágico, concebidos como *cosa fuera del comercio*, sobre ellos no podían constituirse derechos privados. Sin embargo, la época medieval concibió el otorgamiento de derechos de propiedad a perpetuidad sobre espacios de enterramiento. El siglo XX trajo consigo fuertes corrientes doctrinales española, francesa, alemana e italiana, que enmarcaban a los cementerios y sepulturas en el ámbito público o privado del Derecho. Estas influencias impactaron en América concibiéndose de manera similar a la doctrina europea. No obstante, cada cultura ha aplicado sus propios rituales funerarios y sus formas específicas de concebir los enterramientos.

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los cementerios; pero ha sido la doctrina del dominio público la que ha primado en la concepción normativa de los cementerios. Por ello, aunque subsisten doctrinas que enmarcan a los derechos sobre sepulturas dentro de la propiedad, se ha impuesto el régimen demanial, cuyos medios de uso privativo resultan el permiso de uso y la concesión de uso (temporal o perpetua). En ambos medios se enmarcan, tanto servidumbres administrativas, como las potestades administrativas protectores del dominio administrativo, moldeando así la amplitud y contenido de estos derechos.

Bibliografía

Albi, Fernando (1960). *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguila.

- Alessi, Renato (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, Barcelona, Bosch.
- Alessi, Renato (1960). *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore.
- Ariés, Philip (1984). *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus Ediciones.
- Ballesteros Moffa, Luis Ángel (2006). “Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el Derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, N° 129, pp. 173-197.
- Barraquero, Carette, Attwell, Ocantos, Requena (1912). *Diccionario de Legislación Nacional y Provincial*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
- Batbie, A. P. (1888). *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs.
- Bertrand, Russell (2005). “Que de vertus.... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle”, en Bertrand Russell, Anne C., y Jean-Noël P. , *Les narrations de la mort, Aix-en-Provence*, Publications de l'Université de Provence, pp. 241-255.
- Bertrand, Russell (2010). “Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método”, en *Revista Trace*, No. 58, diciembre, pp. 71-81.
- Bielsa, Rafael (1956). *Derecho administrativo*, Tomo III, 5ta Edición, Buenos Aires, Depalma.
- Bullrich, Rodolfo (1999). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A, 1932.
- Caetano, Marcello (1970). *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense.
- Ducrocq, Th. (1900). *Cours de Droit Administratif*, Tome 6, No. 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings, Éditeurs.
- Escovar, A., (2009). “Vida, resurrección y muerte en la arquitectura funeraria”, en AAVV, *Las ciudades y los muertos. Cementerios de América Latina*, (Consulta: 24 de abril de 2016).

Disponible en: <http://www.museodebogota.gov.co/descargas/publicaciones/pdf/Vida.pdf>

- Fernández de Velasco, Recaredo (1935). *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, Madrid, Revista de derecho privado.
- García de Enterría Eduardo y Fernández, T.R. (1997). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Civitas.
- Garrido Falla, Fernando (1986). *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II (Parte General: Conclusión), 7ma edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Giannini, Massimo Severo (1991). *Derecho Administrativo*, trad. Luis Ortega, Vol. 1ro, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas.
- González, A. (1970). *El cementerio español de los siglos. XVIII y XIX*, España, Archivo Español de Arte, No.171,.
- González Pérez, Jesús (1934). *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, S.A., 1975.
- Hauriou, Maurice (1927). *Précis de droit administratif*, Paris, Ed. Recueil Sirey.
- Ibler, M. (2016). “Los nuevos retos y tendencias del Derecho administrativo en Alemania”, en *Revista IUSTA*, Bogotá, No. 45 pp. 165-182.
- Jansse, Lucien (1938). *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz,.
- Journè, Maurice (1925). *Précis de Droit Administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey,.
- Keith-Lucas, B. y Richards, P. G (1980). *Historia del Régimen Local Inglés en el siglo XX*. Colección “Administración y Ciudadano”, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.
- Lafaille, Héctor (1944). *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo II, No. 1016, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
- Laubadère, André de, (1936) “Les concessions dans les cimetières”, en *Revue du droit public et de la science politique*, Paris, Dalloz, pp. 612- 620.

- López Pellicer José A., y Sánchez Díaz, José L (1976). *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.
- Marienhoff, Miguel S. (1960). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V “Noción de dominio público. Clasificación. Afectación y desafectación. Elementos que integran la noción de dominialidad. Régimen y caracteres jurídicos. Tutela o protección. Uso del dominio público. Permiso. Concesión. Uso adquirido por prescripción”*, Buenos Aires, Depalma.
- Matilla Correa, Andry (2005). *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana,.
- Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, Tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950.
- Miguens, Alberto M. “Se pulcro”, XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.
- Monacelli, Gualterio (1961). *Elementos de Derecho Administrativo y Legislación Fiscal y Aduanera*, 9na Edición, Buenos Aires, “El Ateneo”.
- New York Field Codes Series. Volume V. State of New York. *The Lawbook Exchange*, Ltd.- Clark, New Jersey-Biblio.com, (Consulta: 2 de noviembre de 2018). Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchange-ltd-clark&usg=AOvVaw0T64rK bVlf-ZY7l_NMsAXH
- Ortega García, Erick (2016). *El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano. Tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad de Oriente, Cuba,.
- Parada Vázquez, José Ramón (2004). *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, 15ª Edición, Madrid, Marcial Pons,.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco (1997). *El sistema funerario en el Derecho español*, Pamplona, Aranzadi,.
- Proudhon, Pierre-Joseph (1833). *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Tome Premier, Dijon, Ed. Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur,.

- Rodríguez Blanco, Miguel (2015). *Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas*, Granada, Comares S. L..
- Rolland, Louis (1938). *Précis de droit administratif*, 7ème Édition, Paris, Dalloz,.
- Salvat, Raymundo (1923). *Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)*, Tomo 1, No. 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina,.
- Tolivar Alas, Leopoldo (2003). “Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios”, en Muñoz, S. (Coord.) *Tratado de Derecho Municipal*, Volumen II, 2da Edición, Madrid, Civitas, pp. 1745-1748.
- Villar Palasí, José Luis (1952). *Concesiones administrativas*, Tomo IV, Barcelona, N.E.J. Seix.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín (1952). *Derecho Administrativo*, Tomo IV, Instituciones fundamentales (segunda parte) – Dominio público, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
- Waline, Marcel (1936). *Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey,.
- Zanobini, Guido (1954). *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Buenos Aires, Ayadú.

Acción pública de constitucionalidad. Una mirada a la luz del texto del 2019

*Martha Prieto Valdés*¹ | Universidad
*Amanda Laura Prieto Valdés*² | de La Habana

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

Año 4/Nº 12 Invierno 2019 (21 junio a 20 septiembre), 848-863

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e327>

I. Participación popular, necesidad y diversidad de formas

La concepción de la democracia como forma de gobierno donde el poder está en manos del pueblo, lleva implícita la idea de la PARTICIPACIÓN POPULAR en los asuntos públicos y en el ejercicio del poder político. La más famosa definición de la democracia, dada por Abraham Lincoln en el siglo XIX, como “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”³, muestra la idea del poder popular como elemento esencial de la democracia.

Concebida de diferentes maneras, interesa la concepción como forma de gobierno caracterizada por un conjunto de reglas fundamentales que establecen quién está autorizado para

¹ Doctora en Ciencia Jurídica y Profesora Titular de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana

² Máster en Derecho Constitucional y Administrativo y Profesora Asistente de Teoría del Estado, Teoría del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

³ Discurso que pronunció Abraham Lincoln en el siglo XIX, el 19 de noviembre de 1863 en el lugar donde se produjo la batalla de **Gettysburg**, dentro de la guerra civil de los Estados Unidos, entre los Estados del Norte y los del Sur. LINCOLN, A. “El discurso de Gettysburg y otros discursos”, El Mundo, Madrid, 2008.

tomar las decisiones colectivas, adoptadas bajo la regla fundamental de la de la mayoría⁴. Lo cierto es que con esta expresión se piensa en aquella sociedad en la que el soberano se involucra por medio de diversos mecanismos de participación directa, como elemento necesario para la funcionalidad democrática, con lo cual le confiere legitimidad no solo a los representantes, sino al diseño. Como modelo político, es esta manera de asumirla la que mejor ha de facilitar a los ciudadanos su capacidad de asociarse y organizarse, de modo que, desde la inclusión y la diversidad, puedan ejercer una influencia directa en las decisiones públicas.

Si todos deben participar en el gobierno de la ciudad, puesto que todos poseen igual competencia política e igual capacidad de juicio para los asuntos políticos, para la toma de decisiones en general, ¿cómo entender la participación? El vocablo participación ha estado sujeto a diversos significados; se habla de participación cuando la gente: asiste a reuniones; cuando sale a la calle a manifestarse a favor o en contra de algo, cuando vota en los procesos electorales, cuando ejecuta determinadas tareas, que pueden ser campañas de alfabetización, de vacunación, u otras; como también cuando hace sentir su voz en una reunión⁵. Todas estas son, sin duda, formas de participación, pero, a nuestro entender, no es limitarse a la opinión y ejecución; la principal forma de participación es la que se realiza a través de la intervención directa en la toma de decisiones, en el control de la ejecución de las medidas adoptadas o políticas formuladas, y en la exigencia de su calidad y efectividad.

Así entonces, aquella participación antes entendida de una manera limitada como actuación a través del representante, no del yo sino por el otro, requiere un cambio hacia un

⁴ Ver BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Sección de Obras de Política y Derecho, Traducción José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, Primera edición en español, 1986, p. 14.

⁵ Ver HARNECKER, M. "Nueve Tesis sobre la democracia en los gobiernos de participación popular de América Latina", *Revista América Libre* N° 6, 1994

involucramiento activo, cotidiano y directo en lo político, lo económico y social. Por consiguiente, debe ser entendida la participación como un deber, pero deber moral y no legal; es decir, no ceder titularidad y ejercerla con libertad. En la medida en que el pueblo se implique está incidiendo en el contenido de la toma de decisiones. No participar es una muestra de libertad individual, pero la no participación puede provocar lesión del interés social que se quiera alcanzar o proteger.

Es cierto que el cómo participar también es plural, pero si un medio de participación ha de preservarse y reclamarse, como expresión de esa conjunción entre la titularidad soberana y el ejercicio del poder, junto a la necesidad de verificación de la labor de los representantes, de la comprobación, inspección, fiscalización, del cumplimiento de lo acordado, de lo estipulado jurídicamente, es el control.

Aunque pudiera parecer elemental, vale significar que no huelga decir que el control no es sinónimo de restricciones, aunque se le conciba como medio de contrarrestar el exceso de poder, arbitrariedades y vulneraciones de derechos. Por ello mismo, debe ser entendido -en cuanto a su eficacia-, como un medio de garantía o de defensa de derechos frente a abusos de poder, a corrupción, a desconocimiento de valores y principios constitucionales. La supervisión, verificación o comprobación que tal acción significa, en cualquier diseño político, es necesaria para verificar el cumplimiento de lo establecido, a la vez que propicia el mantenimiento del equilibrio en el aparato de poder, como también corregir o rectificar desviaciones en las diversas esferas. También es vital frente a factores de desestabilización de la actividad de la Administración Pública en los diferentes niveles de organización.

No es restricción de los espacios competenciales o atribuciones; pero sí forma una triada necesaria con responsabilidad y seguridad, y en tales sentidos debe instrumentarse en todo momento para asegurar el desarrollo de la libertad en sociedad. Este control también puede y debe ser estimulado por el pueblo:

el ejercicio de la ACCIÓN DIRECTA PÚBLICA de los destinatarios en esta actividad es una de las vías más necesarias para permitir la conjugación entre participación y representación.

No bastan ya los principios clásicos de la democracia representativa: división de poderes del Estado, alternancia en el poder de las autoridades, consultas periódicas a la ciudadanía en procesos electorales, radicación de la soberanía en el pueblo, etc.

II. Cuba, situación actual a la luz del proyecto de texto constitucional, 2019

La relación individuo-sociedad-Estado sugiere una estrecha interconexión entre todos los actores sociales, y así tiene que ser si se pretende armonía social, no sin contradicciones y diferencias, pero necesarias en pos del desarrollo de la sociedad. Pero también tiene que haber un respeto a lo individual, a los intereses particulares de cada persona, del colectivo o región, los que deberán poder realizarse sin necesidad de afectar lo general o común.

En Cuba, al amparo del texto del 2019⁶ se tienen varios mecanismos de participación popular. Además del ejercicio del voto en elecciones y referendo, está prevista la participación en rendiciones de cuentas de los delegados como medio de control y antecedente de una futura revocación del mandato popular, acompañado de una iniciativa legislativa de muy difícil promoción ciudadana (10 mil ciudadanos)⁷.

Siguiendo con la mirada en Cuba, es imposible desconocer que el diseño general en cuanto a la participación ciudadana es

⁶ Este artículo se ha escrito luego del voto aprobatorio en referendo popular del 24 de febrero de 2019 y antes de que se proclame y entre en vigo el texto constitucional de 2019. Por esto, en el presente artículo se utilizarán las expresiones proyecto y texto.

⁷ Mecanismo de participación popular que se preserva de la Constitución de la República de Cuba de 1976, Ref., art.88, inc. g). Para su formulación actual ver Proyecto de Constitución de la República de Cuba de 2019, art.164, inc. k)

válido y ha sufrido modificaciones, aun cuando toca no cerrar las puertas ante las limitaciones que han existido y pueden existir en su instrumentación cotidiana y su tutela como principios⁸. Uno de estos últimos es la reformulación para su disfrute en el ámbito municipal⁹, como también la iniciativa ciudadana para estimular la reforma de la Constitución¹⁰, respecto a la cual sería prudente se flexibilizara la concepción de los requisitos para la promoción que hoy existen¹¹, de lo contrario será de muy difícil ejercicio.

Entonces, no basta regulación, o diseñar e introducir nuevas fórmulas, se requiere de una cultura y conciencia participativa que aseguren una real y efectiva democracia. Pero ¿en qué espacios ha de preverse la participación?, el reclamo es para que se produzca a todos los niveles, aunque el más viable es a nivel local, en los municipios.

⁸ Ver Proyecto de Constitución de la República de Cuba de 2019, art. 101: Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: a) todos los órganos representativos de poder del Estado son electivos y renovables; b) el pueblo controla la actividad de los órganos estatales, de sus directivos y funcionarios, de los diputados y de los delegados, de conformidad con lo previsto en la ley; c) los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación periódicamente y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento; ... h) los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios actúan con la debida transparencia.

⁹ Ver Proyecto de Constitución de 2019, Garantías a los derechos de petición y participación popular local, art. 185 y ss.

¹⁰ Ver Proyecto de Constitución de 2019, art. 227. Tienen iniciativa para promover reformas a la Constitución: f) los ciudadanos, mediante petición dirigida a la Asamblea Nacional del Poder Popular, suscrita ante el Consejo Electoral Nacional, como mínimo por cincuenta mil electores. La ley establece el procedimiento, los requisitos y garantías para su solicitud y realización.

¹¹ Aunque la regulación de la intervención ciudadana es solo para Ley ordinaria, los requisitos previstos en el Reglamento pueden ser restrictivos para su ejercicio. Ver Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996, art. 64 (Todo ello, amén de la necesaria actualización normativa que se realizará). Si la iniciativa procede de los ciudadanos, conforme se establece en el inciso k) del artículo 164 del Proyecto de Constitución, además de la fundamentación consignada en los acápites precedentes, los ciudadanos promoventes del proyecto, acompañan declaración jurada ante notario, donde se acreditará la identidad personal mediante los datos del carné de identidad como documento idóneo y probatorio de la individualización de una persona, así como de que no está invalidada para ejercer el sufragio activo o pasivo.

En este sentido, pensando en los municipios cubanos, deben explotarse las potencialidades municipales para conformar una hacienda sólida, que le permitan afrontar y solucionar los reclamos y mandatos de los residentes en el municipio, (TODOS, sin diferenciar ciudadanía), lo cual propiciará, además del desarrollo conforme a las características propias de cada localidad, la credibilidad en las instituciones locales. Solo así, autoridad real y titularidad formal irán de la mano; y el Poder Popular gozará de legitimidad pues el pueblo apreciará acciones directas de sus instituciones locales con capacidad de gestión para la atención de las demandas básicas¹².

Entonces, desde una perspectiva fáctica o sociológica de su existencia como parte del aparato estatal, no caben dudas de que su finalidad se halla vinculada con el servicio y la satisfacción de las exigencias mínimas de los integrantes del territorio que debe tener competencia y capacidad para poder cumplir con ellas. Si la letra constitucional de 1976 los calificó de sociedad local, con personalidad jurídica a todos los efectos legales, organizada políticamente por la ley, en una extensión territorial determinada por necesarias relaciones económicas y sociales de su población, con capacidad de satisfacer las necesidades mínimas locales¹³; ¿por qué no fraguó así? He aquí una disfuncionalidad constitucional, ya que la letra mayor no se entendió como elemento de compulsión y límite jurídico político, y los municipios no pasaron de ser espacios locales sujetos a la determinación provincial y nacional.

Esta necesidad de cambio se aprecia en el Proyecto constitucional, toda vez que se concibe al municipio como “la sociedad

¹² PRIETO VALDÉS, M. “¿Qué municipios necesitamos? Algunos principios para su configuración”, Pérez Hernández, L. y Díaz Legón, O. (Coords.). ¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local, Editorial UH, La Habana, Cuba, 2015, pp. 155 a 173.

¹³ Constitución de la República de Cuba 1976, Ref. 1992, art. 102: ...El municipio es la sociedad local, con personalidad jurídica a todos los efectos legales, organizada políticamente por la ley, en una extensión territorial determinada por necesarias relaciones económicas y sociales de su población y con capacidad para satisfacer las necesidades mínimas locales. ...

local, organizada por la ley, que constituye la unidad política-administrativa primaria y fundamental de la organización nacional; goza de autonomía y personalidad jurídica, (...) con el propósito de lograr la satisfacción de las necesidades locales¹⁴. Es en este sentido que la autonomía del municipio comprende, además de la elección de sus autoridades, la facultad para decidir sobre la utilización de sus recursos y el ejercicio de las competencias que le corresponden, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Todos estos cambios han de contribuir a una modificación en la concepción de qué y cómo hacer y de quiénes están llamados a intervenir. Cuba, aun cuando posee un diseño político peculiar, resultado de las conjunciones de diversas influencias: la colonial hispánica, la norteamericana y la soviética, todo ello cocinado en un caldo de criollez, tiene rasgos e instituciones valiosos, como también otros que merecen atención, por lo que el perfeccionamiento de la interacción de las categorías de ciudadanía, democracia, representación, participación y acción directa es una necesidad.

Entonces, restan unas pocas propuestas. Si el Siglo XX tuvo a la Democracia como una de las ideas centrales, este Siglo XXI

¹⁴ Proyecto de Constitución de la República de Cuba de 2019, art.168. El municipio es la sociedad local, organizada por la ley, que constituye la unidad política-administrativa primaria y fundamental de la organización nacional; goza de autonomía y personalidad jurídica propias a todos los efectos legales, con una extensión territorial determinada por necesarias relaciones de vecindad, económicas y sociales de su población e intereses de la nación, con el propósito de lograr la satisfacción de las necesidades locales. Cuenta con ingresos propios y las asignaciones que recibe del Gobierno de la República, en función del desarrollo económico y social de su territorio y otros fines del Estado, bajo la dirección de la Asamblea Municipal del Poder Popular; art.169. La autonomía del municipio comprende la elección o designación de sus autoridades, la facultad para decidir sobre la utilización de sus recursos y el ejercicio de las competencias que le corresponden, así como dictar acuerdos y disposiciones normativas necesarias para el ejercicio de sus facultades, según lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

La autonomía se ejerce de conformidad con los principios de solidaridad, coordinación y colaboración con el resto de los territorios del país, y sin detrimento de los intereses superiores de la nación.

tiene que seguir siendo el que permita los pasos certeros que aseguren su efectiva realización. Cuba también está insertada en esta dinámica y debe actuar en pos de sobrepasar el espacio de lo creado para llegar al espacio de lo querido posible, ha de superar la cultura de la declaración por la cultura de la acción.

III. Acción pública como mecanismo de participación popular

Contestes estamos en que no ha habido a través de la historia una postura armónica acerca de lo que es la acción, y ello ha influido en las normativas que se han adoptado y viceversa; ampliando o limitando su contenido, ofreciendo menores o mayores posibilidades para recabar en juicio protección o solución de las pretensiones. Es por ello, útil un breve comentario acerca de la evolución histórica de la concepción de la acción y su naturaleza jurídica, por ser ella el presupuesto de entrada al proceso y al control de constitucionalidad¹⁵.

Si bien el inicio de las acciones se remonta a los tiempos de Roma, concebida primeramente como la posibilidad genérica de actuar en defensa de un derecho y perseguir en juicio su reconocimiento, se fue moviendo hacia la noción de derecho¹⁶, postura última sostenida durante el medioevo y más tarde por SAVIGNY, al significar que ella era la transformación del derecho subjetivo material, para la defensa de este, frente a su vulneración¹⁷. De actuación prevista por la ley para instar a juicio en reclamo de pretensión o presunto derecho, se transformó en parte de ellos; en expresión condensada del derecho subjetivo,

¹⁵ Ver GOZAÍNI, A, *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni eds., Buenos Aires, s.f., p. 16.

¹⁶ Para abundar, consúltense las acciones de la Ley, las formulas y excepciones del proceso civil romano que sentaron las bases para la noción primaria y más tarde las modificaciones introducidas por Justiniano cuando la definió como "Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur" (*Instituciones de Justiniano*, IV, 6, *De actionibus*, proemio)

¹⁷ Ver SAVIGNY, F, *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo IV s.e., México, SCT, 2004, p. 8,

que ya a esta altura tenía como fines la defensa de derechos civiles personales y también patrimoniales.

En este camino hacia el presente, los franceses defendieron la existencia de una *actio* de carácter general, diferenciada del derecho que se defendía, aunque ligado a él¹⁸, pero el toque fuerte para la construcción cuasi final lo aportaron las posturas alemanas. Estos últimos, con dualidad de expresiones¹⁹, la entendieron tanto como derecho a querrellarse contra el obligado como frente al Estado a fin de propiciar la tutela jurídica²⁰ a partir de la estimulación del aparato de justicia para que interviniese y decidiese. La acción devenía en un derecho subjetivo público, autónomo, de carácter abstracto y diferente del derecho subjetivo sustantivo, como derecho de todo gobernado a solicitar del Estado la prestación jurisdiccional²¹.

No puede tampoco desconocerse la posición asumida por CHIOVENDA, que dio un giro a la postura alemana, y se desvió un tanto de la noción de la acción como expresión de un derecho subjetivo para reaccionar contra su violación; y la cataloga como un derecho autónomo, pero de carácter potestativo y, a través del cual se ejerce el poder de influir y producir un efecto

¹⁸ Al decir de HALPÉRIN, "El esquema del Código Civil es el reflejo de la reinterpretación de la división tripartita (personas-bienes-acciones) de las *Institutes* de Justiniano por los teóricos del derecho natural, en función de sus ideas individualistas y racionalistas", en *Le Code Civil (trad. Muñoz Pizarro)*; Santiago de Chile, 2008; p. 89, disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-munoz_m/pdfAmont/de-munoz_m.pdf, consultado el 25 de marzo de 2015, a las 14:23 horas.

¹⁹ *Klage*, (demanda o queja, empleada como derecho a obtener la protección judicial de un interés) y *Ansprucht* exigencia o pretensión que en sede civil se expresaba en "el derecho a exigir de otro una acción u omisión")

²⁰ Ver GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, (trad. De Leonardo Prieto Castro), Ed. Labor, S.A., Madrid, 1936, p. 96 y ss.

²¹ Ver FIX-ZAMUDIO, H., *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, p. 51, disponible en http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37129335/03_-_Hector_FixZamudio__Introduccion_al_derecho_procesal_constitucional.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1479088634&Signature=ZCLKW6c2dhXcJaRhwozozYQV2l%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINTRODUCCION_AL_DERECHO_PROCESAL_CONSTIT.pdf, consultado el 25 de marzo de 2015 a las 12:23 horas.

jurídico en favor de un sujeto mediante un proceso, como poder de realización de la voluntad concreta de ley, que prescinde de la voluntad y de la prestación del demandado²².

Hasta esa primera mitad del siglo XX, como bien afirmara CALAMANDREI se han manifestado a través de la historia dos grandes corrientes respecto a la naturaleza jurídica de la acción: una es abstracta, para surtir efectos generales, a partir de la función útil del Derecho en la sociedad; y la otra concreta para efectos específicos, como un poder puesto en garantía de una cierta situación de derecho sustancial a ser reconocido por el ente judicial²³. Más recientemente se han desarrollado otras²⁴ que la vinculan al acceso a la justicia, al derecho de acceso e incluso a la tutela judicial; no por gusto el propio CALAMANDREI dijera que “la historia y la crítica de las teorías sobre la acción..., como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas”²⁵.

No obstante tales diversas posturas²⁶, esa acción, ya sea parte o expresión propia del derecho subjetivo que se reclama; sea una derivación del derecho sustancial; un derecho de ejercicio individual o colectivo para la defensa de otros derechos o intereses de diversa índole; o sea una institución procesal autónoma y potestativa, debe estar concebida para actuar tanto en reclamos genéricos o específicos, entendiéndola como

²² Ver CHIOVENDA, G., *Curso de Derecho Procesal Civil* (trad. De Sentís Melendo) Ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, pp. 10-13.

²³ Ver CALAMANDREI, P., (trad. de Sentís Melendo), *Los Estudios de Derecho procesal en Italia*, Ediciones jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1959, pp. 137-138.

²⁴ Ver CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, Ed. Temis, Bogotá, 1949. GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, (trad. de Prieto, L.) Ed. Labor, Barcelona, 1936.

²⁵ Ídem., p. 140

²⁶ Para ampliar acerca de la diversidad actual de posturas, consúltese BRODERMANN FERRER. L., “Tesis Ecléctica sobre las teorías modernas de la acción (armonía entre concretas y abstractas)” en FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coords.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*. T.X., Tutela Judicial y Derecho Procesal, Ed. UNAM, México D.F., 2008, pp. 181-207.

“derecho-medio, como el cordón umbilical a través del cual el derecho sustancial circula en el proceso y lo alimenta...”²⁷. Desde esta visión, se instituye en la polea que estimula a la función judicial a fin de que intervenga en la valoración y solución de reclamos de entes privados.

Pero aquí no puede quedar la formulación si se quiere que sea garantista; no puede entenderse como instituto separado correspondiente a cada rama del Derecho²⁸, ni con significado diferente en cada campo. Como sostuviera COUTURE y con visión unificadora, debe ser entendida como poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales, con o sin derecho, con pretensión concreta o sin ella; pues “[E]l poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente”²⁹, ya sea en reclamo frente a entes particulares o de protección estatal, pero en todo caso se procura la intervención del aparato de justicia, con lo que se le otorga un carácter público a la misma³⁰.

Por consiguiente, poder ejercer la acción frente al ente judicial es el **primer presupuesto jurídico garantista** que se necesita para la realización de los derechos y del Derecho; así como para promover el control político sobre la constitucionalidad y legalidad de las disposiciones normativas y decisiones de todos los órganos estatales, ya sea por interés general o particular.

¿Cómo estimular un control que ha sido insuficiente? Se requiere de la participación popular no solo que ejecute, sino que promueva y controle.

²⁷ CALAMANDREI, P., *op. cit.*, p. 145

²⁸ Ver CARNELUTTI, F. (trad. de Sentís Melendo), *Lezioni sul proceso penale*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950. Se pronunció en defensa de la unidad de acción civil y penal.

²⁹ COUTURE, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición (póstuma), Roque Depalma Ed, Buenos Aires, 1958, p. 68

³⁰ Ídem, p. 69 y ss.

IV. El control de constitucionalidad posterior como medio para asegurar la eficacia constitucional, y para Cuba para relegitimar la participación popular que aprobó la Constitución

La realización de la Constitución clama por un control, previo o posterior que lo prevea y asegure. En tanto texto de superior fuerza y rango jurídico, pensando en presente y un futuro inmediato, debe con inmediatez reformularse el diseño de control político de constitucionalidad, dando entrada al aparato de justicia y a la intervención popular directa, individual y colectiva, en su estimulación y exigencia. Más de 40 años de experiencia de un control político concentrado previo y posterior no ha dado los frutos satisfactorios que se esperaban en la conjugación del bienestar local y el nacional; individual y colectivo.

Pero, sin una cultura y conciencia jurídica de toda la sociedad, dirigentes y destinatarios de las normas, de respeto a la letra superior y del derecho-deber de todos en pos de ello, los contenidos del texto constitucional nunca serán realidad.

El control jurídico de constitucionalidad es una urgencia, por eso, de no admitirse la nueva estructura, deben los tribunales ordinarios realizar un control difuso con la finalidad de asegurar la jerarquización de las disposiciones frente a normativas o decisiones inferiores restrictivas. Si el tribunal actuante advierte que la disposición inferior vulneradora es evidentemente inconstitucional, que debió ser nula *ab initio* por restringir el alcance o contradecir a la normativa de mayor rango, resolverá el caso inaplicando el precepto infraconstitucional y restituirá/reconocerá el derecho de conformidad con la ley superior. Sencillamente, resolverá la antinomia. Si la advertencia proviene de la parte afectada y el tribunal de base tiene alguna duda al respecto, pudiera cursar consulta -por vía incidental- al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular para que emita criterios acerca de la constitucionalidad, en cuanto al caso que se evalúa, de la normativa presuntamente vulneradora, sin

tener que esperar por solicitud de la Asamblea Nacional del Poder Popular o del Consejo de Estado para pronunciarse al respecto, como sí sucede hoy³¹.

Para el control concreto, los tribunales ordinarios si pueden y deben brindar solución a las reclamaciones por vulneración de los derechos regulados constitucionalmente y de la normativa superior³², pues el hecho de que estos órganos declaren “...que un acto cualquiera, legislativo o administrativo, sea nulo por oponerse a la Constitución... no implica un veto a otro [órgano o sus facultades], sino la determinación de la norma aplicable al caso concreto, lo cual significa esencialmente administrar justicia”.

Por consiguiente, la intervención judicial, ya concentrada o difusa es siempre posible y válida, pues “... al fallar un caso concreto están en el deber de buscar la norma aplicable, y cuando desechan una para escoger otra, no están derogando ni vetando la norma desechada, sino limitándose a declarar cual es el (D)erecho en el caso concreto sometido a su decisión”³³, y con ello no se invade el espacio competencial de los órganos representativos, o de otros entes estatales.

En pos de estimular el control general y abstracto ante la Asamblea Nacional del Poder Popular que se preserva en el Proyecto, sería muy prudente retomar las acciones individuales y colectivas ante la propia Asamblea como estaba establecido en el Reglamento de 1982³⁴, a los efectos de verificar la corres-

³¹ Ver Ley No.82 de los Tribunales Populares

³² Expresión de esta última forma de intervención del Tribunal supremo, sin la necesidad de creación de sala especial, se tiene en la Constitución de 1901; ver art. 83: Además de las atribuciones que le estuvieren anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo le confieran las leyes, corresponden al Tribunal Supremo las siguientes: 4.Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes.

³³ ÁLVAREZ TABÍO, F.: El Recurso de inconstitucionalidad, ob. cit., pp. 8-9.

³⁴ Ver Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1982, Disposición Transitoria Única, a).

pondencia de las normativas locales frente a las superiores, derogándose las restrictivas de las reglas, principios y valores superiores y aquellas que afectan derechos constitucionales y ordinarios.

Para asegurar la supremacía jurídica del magno texto, pudiera acogerse una de las siguientes propuestas:

VARIANTE 1: Resultante de la defensa directa del derecho constitucional en sede ordinaria, se instrumenta el **control judicial de la constitucionalidad, indirecto, incidental y respecto al caso, por lo que la decisión judicial no expulsa la normativa del ordenamiento jurídico.**

El control de constitucionalidad se efectuaría respecto de las leyes y decretos leyes, y el de legalidad respecto a las disposiciones del gobierno, la administración, o asambleas locales del poder popular, a instancias de parte en defensa de los derechos. Se dará cumplimiento al precepto constitucional consagrado en el artículo 26, no realizado hasta el presente, más bien limitado por Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, por el art. 657, epig. 4 y 6, ya comentado.

VARIANTE 2: Establecer el **control de constitucionalidad directo, expreso y concentrado en sede judicial, mediante proceso especial y ante sala especial del Tribunal Supremo Popular,** cuya decisión de solución a las contradicciones normativas y se produzca la determinación de la validez formal y material de las disposiciones cuestionadas. Incorporar activamente a la ciudadanía, en la promoción de la revocación de disposiciones restrictivas de derechos consagrados constitucionalmente, mediante el reconocimiento del pleno acceso a la justicia, ya individual o colectivo.

VARIANTE 3: Establecer el **control mixto de constitucionalidad** que estimule garantía de derechos y del orden en Sala especial del Tribunal Supremo Popular. No ha de menoscabarse la posibilidad de conformación de la Sala especial para lo Constitucional o Sala de Garantías dentro del Tribunal Supremo

Popular para contribuir a la armonía normativa a través de precisos juicios de validez y un cauce hacia la seguridad jurídica como antesala de la Justicia; asegurar la relegitimación del texto superior en su lugar y grado, y para que sea voz última en las reclamaciones de derechos constitucionales, o garantía específica necesaria a los derechos esenciales para el hombre.

De las variantes propuestas, la primera puede ser efectiva sin modificación normativa alguna; solo la segunda recaba de reforma constitucional al extraer de la Asamblea Nacional tal atribución y consagrarla en exclusivo en la Sala especial; mientras que la tercera solo requiere de adecuación de las disposiciones ordinarias.

Así entonces, de conformidad con la letra constitucional vigente, para lograr el aseguramiento de la inalterabilidad de sus contenidos de inmediato, es una exigencia abordar lo constitucional, diferenciado de lo legal u ordinario, distinguir los órganos intervinientes y sus facultades, los efectos de las decisiones, junto a la identificación de los entes responsables en cada caso. Ello hará más factible la instrumentación del control posterior de constitucionalidad concentrado en la Asamblea Nacional del Poder Popular, y el de legalidad que ejercen los demás órganos como parte de la verificación del funcionamiento de los inferiores en los marcos legales previstos.

V. Ideas finales

Teniendo a la Constitución como conjunto normativo de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico de la sociedad, aún con la ausencia de tutela expresa del pleno acceso o el derecho de acceso a la justicia, puede y debe asegurarse su realización. Aún sin regulación precisa y formal en las leyes procesales o la ley de los Tribunales, puede y debe hacerse. Es momento de que se abandone la interpretación declarativa, que explica precepto a precepto y se tenga al texto normativo, tanto la Constitución, como el resto de las normativas, como un todo.

En otras palabras, todos los tribunales pueden y deben resolver las antinomias respecto a la Constitución en cuanto reclamación conozcan, adoptando la decisión para el caso concreto, mediante la inaplicación de la inferior restrictiva o contradictoria. Y, en tanto no se cree procedimiento especial, ante Sala especial, le correspondería al Tribunal Supremo emitir el dictamen de constitucionalidad y los argumentos para la derogación de la normativa, quedando a decisión de la Asamblea Nacional del Poder Popular, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, como expresión del control político establecido en el art. 108 incisos e) del Proyecto de Constitución de la República de Cuba de 2019.

Lo anterior no niega que se sigan perfeccionando las dinámicas de otros órganos e instituciones político administrativas que participan tanto en la defensa de los derechos como en el control, ni de la viabilidad de considerar al ciudadano –individual y colectivamente- como parte principal y estimulador del proceso de control político de la constitucionalidad ante la Asamblea Nacional respecto a las Leyes, Decretos Leyes y Decretos, con efectos *erga omnes*, hasta tanto no se modifique el diseño de control político imperante.

Estas propuestas contribuirán, desde una *actuación consciente y activa de todos, a evitar una desconstitucionalización* del orden normativo, y un cauce hacia la inseguridad jurídica³⁵, a la vez que una deslegitimación del sistema político imperante.

Si se desea asegurar la eficacia del espíritu y la letra constitucional como garantía superior de los derechos y el orden consagrado, ha de darse el paso para el reconocimiento e instrumentación de los medios necesarios para su preservación, defensa y disfrute, con formas viables que permitan que el hombre pueda realizar en la sociedad su plena dignidad.

³⁵ Ver PRIETO VALDÉS, M., “La Constitución y el Poder, y el poder de la Constitución”, en *Visión iberoamericana del tema constitucional*. Fundación M. García-Pelayo, Caracas, 2003, pp. 232-233.

Escriben en este número:

AMOS, Fernando
ARIAS GAYOSO, Grethel
BALBÍN, Adolfo Nicolás
BALDI, Eduardo
BARRIVIERA, Natalia Lorena
BERNAL, Fabián Andrés
CABRAL, Pablo Octavio
DÍAZ, Juan Francisco
DUEÑAS, Gabriela
EDRMANN Mc DONALD, Gerónimo Martín
FERNÁNDEZ CAMILLO, Ignacio
FERRAJOLI, Luigi
FIODOROV, Valeria Griselda
FRIGGERI, Félix Pablo
GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro
GONZÁLEZ, Pablo Gastón
LIAKOPOULOS, Dimitris
MARTÍNEZ, Leandro Abel
MORA, Astrid
MORENO, Juan Ignacio
ORTEGA GARCÍA, Erick
PLAZA, Mariano
PRIETO VALDÉS, Amanda Laura
PRIETO VALDÉS, Martha
RECA, Joaquín Pablo

REVENGA, Miguel
RICOBOM, Gisele
SCHREGINGER, Marcelo José
SILVA LEAL, Jackson
STINCO, Juan
TAGLIANETTI, Esteban Federico
VÉRTIZ MEDINA, James
ZAFFARONI, Raúl Eugenio



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR